

Nachverfahren im zürcherischen Ehescheidungsprozess

Erläuterung, Abänderung, Ergänzung und Revision des
Scheidungsurteils unter Miteinbezug der Scheidungskonvention

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARKUS DÖRIG
von Lindau ZH und Appenzell

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

1987



Nachverfahren im zürcherischen Ehescheidungsprozess

Erläuterung, Abänderung, Ergänzung und Revision des
Scheidungsurteils unter Miteinbezug der Scheidungskonvention

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARKUS DÖRIG
von Lindau ZH und Appenzell

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 3. Juni 1987

Der Dekan:
Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 75 der Reihe
Zürcher Studien zum Verfahrensrecht
Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Meiner lieben Frau und meinen lieben Eltern

Ich danke Herrn Prof. Dr. H.U. Walder für die Freiheit,
die er mir bei der Bearbeitung vorliegender Disser-
tation gelassen hat.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	XXIV
§ 1 Das Nachverfahren im allgemeinen	1
A. Begriff des Nachverfahrens	1
I. Die verschiedenen möglichen Begriffsumschreibungen	1
1. Nachverfahren im materiellen Sinne	1
2. Nachverfahren im formellen Sinne	2
3. Nachverfahren im engeren Sinne	3
4. Nachverfahren im weiteren Sinne	4
a) Allgemeine, gemeinsame Eigenschaften von Erläuterung, Abänderung, Ergänzung und Revision	4
b) Abgrenzungen	5
B. Zweck und Bedeutung	6
I. Nachträgliche Korrektur des Scheidungsurteils	6
II. Bedeutung in sozialer und rechtlicher Hinsicht	6
§ 2 Standortbestimmung im heutigen Recht	9
A. Die heutige gesetzliche Regelung im allgemeinen	9
I. Bundesrecht	10
1. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB)	10
2. Das Schweizerische Obligationenrecht (OR)	10
3. Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG)	11
II. Kantonales Recht	12
1. Die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (ZPO)	12

2. Das Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich (GVG)	12
III. Schlussfolgerung	13
B. Stand der heutigen Praxis im allgemeinen	14
I. Schwerpunkte und Fallbeispiele	14
II. Beurteilung	16
§ 3 Das Scheidungsurteil als Ausgangspunkt des Nachverfahrens	18
A. Die Gestalt des korrekten Scheidungsurteils	19
I. Aeussere Form	19
II. Gestaltung des Inhaltes anhand eines Musterbeispiels	19
III. Beachtung der Officialmaxime durch den Richter bei der Gestaltung des Scheidungsurteils	42
B. Scheidungsurteil und Scheidungskonvention	46
I. Die Scheidungskonvention im allgemeinen	46
1. Rechtsnatur und Bedeutung	46
2. Subjekte der Scheidungskonvention	49
3. Begriff der Nebenfolgen	49
II. Die Genehmigung der Scheidungskonvention	50
1. Zweck	51
2. Rechtsnatur	52
3. Zuständigkeit	53
4. Genehmigungspflicht	53
5. Teilweise Genehmigung	56
6. Anfechtung der Scheidungskonvention	56
III. Fehlerquellen im Zusammenhang mit der Scheidungskonvention	58
1. Nichtbeachtung der Zulässigkeit	58
2. Nichtbeachtung der Angemessenheit	59
3. Nichtbeachtung der Klarheit	60
4. Nichtbeachtung der Vollständigkeit	60
5. Nichtbeachtung der Prozessmaximen	61

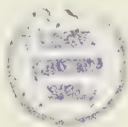
§ 4 Die Erläuterung des Scheidungsurteils	63
A. Begriff	63
B. Gesetzliche Regelung und praktische Bedeutung	66
C. Das Wesen der Erläuterung	67
I. Die Erläuterung als Rechtsmittel?	67
II. Die Erläuterung als sonstiger Rechtsbehelf	68
III. Abgrenzungen	69
1. Gegenüber der Berichtigung	69
2. Gegenüber der Urteilsbegründung	69
3. Gegenüber der formlosen Auskunft	71
D. Gegenstand der Erläuterung des Scheidungs- urteils	72
I. Das Scheidungsdispositiv	72
II. Die Begründung des Scheidungsurteils	72
III. Das rechtskräftige Scheidungsurteil	74
IV. Die Scheidungskonvention	75
E. Die Erläuterungsgründe	78
I. Nach § 162 GVG	78
1. Unklarheit	78
2. Widersprüchlichkeit	79
II. Weitere Gründe	81
III. Grenzfälle	82
F. Legitimation	85
I. Die Parteien	85
II. Dritte	86
1. Die Vormundschaftsbehörde	86
2. Nicht die Vertreter im Vollstreckungs- verfahren	87
3. Das Grundbuchamt	87
4. Das Kind	88
a) Unmündiges Kind	88
b) Mündiges Kind	89

G. Das Erläuterungsverfahren	91
I. Zuständigkeit	91
II. Verfahrensart	93
III. Verfahrensabschnitte	94
IV. Das Erläuterungsgesuch	95
1. Form	95
2. Inhalt	95
3. Frist	97
4. Adressat	97
V. Erläuterung von Amtes wegen	98
VI. Der Erläuterungsentscheid	100
1. Entscheidungsform	100
2. Neufassung des Entscheides	100
3. Neueröffnung der Rechtsmittelfristen	101
a) Gesetzliche Regel	101
b) Umfang	101
4. Die Anfechtbarkeit des Erläuterungsentscheides	102
5. Kostenaufgabe	103
 § 5 Die Abänderung des Scheidungsurteils	 105
A. Begriff	105
B. Gesetzliche Regelung und praktische Bedeutung	106
I. Gesetzliche Regelung	106
1. Formelles Recht	106
2. Materielles Recht	106
II. Praktische Bedeutung	106
C. Das Wesen der Abänderung	109
I. Selbständiger Prozess	109
II. Abgrenzung gegenüber der Erläuterung	109

D. Gegenstand der Abänderung	111
I. Das rechtskräftige Scheidungsurteil	111
1. Die ausdrückliche Regelung im Dispositiv	112
2. Die richterlich genehmigte Scheidungskonvention	112
II. Die aussergerichtliche, das Urteil bereits abändernde Vereinbarung	113
E. Zuständigkeit	115
I. Sachliche Zuständigkeit	115
1. Grundsatz	115
2. Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden	115
3. Zuständigkeit des Schiedsgerichtes	119
4. Zuständigkeit des Vollstreckungsrichters	119
a) Im Rechtsöffnungsverfahren	119
b) Im Befehlsverfahren	120
II. Oertliche Zuständigkeit	121
1. Innerstaatliche Zuständigkeit	122
2. Internationale Zuständigkeit	123
a) Grundsätzliches	123
b) Schweizer im Ausland	123
c) Ausländer in der Schweiz	124
d) Vorbehalt von internationalen Uebereinkommen	124
e) Die Regelung des IPR-Gesetzesentwurfes	125
III. Funktionelle Zuständigkeit	126
F. Abänderungsgründe	127
I. Bezüglich Elternrechte	127
1. Elterliche Gewalt	127
a) Tod des Gewaltinhabers	128
b) Wiederverheiratung des Gewaltinhabers mit einer Drittperson	128
c) Wiederverheiratung des andern Elternteils mit einer Drittperson	129

2. Unterhaltsbeiträge an die Kinder	129
3. Persönlicher Verkehr	130
II. Bezüglich Unterhaltsrente nach Art. 152 ZGB	131
1. Gemäss Art. 153 Abs. 1 ZGB	132
2. Gemäss Art. 153 Abs. 2 ZGB	133
a) Besserung der Verhältnisse auf seiten des Rentenberechtigten	134
b) Verschlechterung der Verhältnisse auf seiten des Rentenverpflichteten	135
3. Besserung der Verhältnisse auf seiten des Rentenverpflichteten/Verschlechterung der Verhältnisse auf seiten des Rentenberechtigten	136
4. Erlöschen der Unterhaltsrente durch Tod	137
G. Legitimation	139
I. Im Abänderungsverfahren gemäss Art. 153 ZGB	139
1. Aktivlegitimation	139
2. Passivlegitimation	139
II. Im Abänderungsverfahren gemäss Art. 157 ZGB	139
1. Die Eltern	139
2. Die Vormundschaftsbehörde	139
3. Das Kind	143
4. Andere	147
H. Das Abänderungsverfahren	149
I. Verfahrensart	149
II. Einleitung des Verfahrens	150
1. Klage	150
2. Abänderung mittels Vereinbarung	151
a) Im Bereich der Oficialmaxime	152
b) Im Bereich der Dispositionsmaxime	153
3. Abänderung von Amtes wegen	155

III. Der Abänderungsentscheid	155
1. Wirkungen	155
2. Form	157
a) Abänderung mittels Urteil	157
b) Abänderung mittels Beschluss	157
3. Anfechtbarkeit	158
a) Des Urteils	158
b) Des Beschlusses	159
4. Kostenaufgabe	159
 § 6 Die Ergänzung des Scheidungsurteils	160
A. Begriff	160
B. Gesetzliche Regelung und praktische Bedeutung	161
C. Das Wesen der Ergänzung	163
I. Die Ergänzung als selbständiges Verfahren	163
II. Abgrenzungen	163
1. Gegenüber der Erläuterung	163
2. Gegenüber der Abänderung	164
D. Gegenstand der Ergänzung	166
I. Das Scheidungsdispositiv	166
1. Materieller Mangel	166
2. Formeller Mangel	168
II. Die Scheidungskonvention	170
1. Die richterlich genehmigte Scheidungs- konvention	170
2. Die aussergerichtliche Scheidungskonvention	172
III. Das rechtskräftige Scheidungsurteil	173
E. Zuständigkeit	174
I. Sachliche Zuständigkeit	174
1. Zuständigkeit des Richters <u>und</u> der Vor- mundschaftsbehörde	174
2. Zuständigkeit des Schiedsgerichtes	174
3. Zuständigkeit des Vollstreckungsrichters	175



II. Oertliche Zuständigkeit	176
1. Innerstaatliche Zuständigkeit	176
a) Grundsatz	176
b) Grenzfall	176
c) Nur für die güterrechtliche Auseinander- setzung	177
2. Internationale Zuständigkeit	179
a) Schweizerisches Scheidungsurteil	179
b) Ausländisches Scheidungsurteil	180
c) Die abweichende Regelung des IPR-Ge- setzesentwurfes	181
III. Funktionelle Zuständigkeit	182
F. Legitimation	184
I. Grundsätzliches	184
II. Die Parteien	184
III. Dritte	185
1. Die Vormundschaftsbehörde	185
2. Die Armenbehörde	186
3. Das Kind	187
G. Das Ergänzungsverfahren	189
I. Zulässigkeit und Anwendbarkeit	189
II. Verfahrensart	189
III. Einleitung des Verfahrens	190
1. Klage	190
2. Ergänzung mittels Vereinbarung	191
3. Ergänzung von Amtes wegen	192
a) Beispiel im Bereich der Offizialmaxime	193
b) Beispiel im Bereich der Dispositions- maxime	194
IV. Der Ergänzungsentscheid	194
1. Wirkungen	194

2. Form	195
a) Ergänzung mittels Urteil	195
b) Ergänzung mittels Beschluss	196
3. Anfechtbarkeit	197
a) Des Urteils	197
b) Des Beschlusses	197
4. Kostenaufgabe	197
§ 7 Die Revision des Scheidungsurteils	199
A. Begriff	199
B. Gesetzliche Regelung und praktische Bedeutung	199
C. Das Wesen der Revision	202
I. Als ausserordentliches Rechtsmittel	202
II. Abgrenzungen	203
1. Gegenüber der Erläuterung	203
2. Gegenüber der Abänderung	203
3. Gegenüber der Ergänzung	204
D. Gegenstand der Revision	205
I. Das Scheidungsurteil im allgemeinen	205
1. Das abweisende Scheidungsurteil	205
2. Das gutheissende Scheidungsurteil	206
a) In Bezug auf das Verschulden	206
b) In Bezug auf die Nebenfolgen	208
II. Das Scheidungsurteil im besonderen	210
1. Die Scheidung als solche	210
a) Grundsatz	210
b) Wiederverheiratung eines Ehegatten	210
c) Nach dem Tod eines Ehegatten	214
d) Andere Revisionsausschlussgründe	215
2. Die Schuldfrage	216
3. Die Nebenfolgen	217
4. Kosten- und Entschädigungsfolgen	217

III. Die Scheidungskonvention	217
1. Im Bereich der Offizialmaxime	218
2. Im Bereich der übrigen Nebenfolgen	219
E. Zuständigkeit	222
I. Zuständigkeit nach der zürcherischen ZPO	222
II. Internationale Zuständigkeit	224
1. Beim schweizerischen Scheidungsurteil	224
a) Schweizer im Ausland	224
b) Ausländer in der Schweiz	224
2. Beim ausländischen Scheidungsurteil	226
a) Schweizer im Ausland	226
b) Ausländer in der Schweiz	227
F. Revisionsgründe	229
I. Allgemeines	229
II. Neue Tatsachen und neue Beweismittel	230
III. Zivilrechtlich unwirksame Parteierklärung	231
G. Legitimation	232
I. Die Parteien	232
II. Dritte	232
1. Aktivlegitimation	232
2. Passivlegitimation	234
H. Das Revisionsverfahren	236
I. Verfahrensart im allgemeinen	236
II. Verfahrensabschnitte	236
1. Das Zulässigkeitsverfahren	236
2. Das Begründetheitsverfahren	236
III. Einleitung des Revisionsverfahrens: Revisions- gesuch	237
1. Formelle Anforderungen an das Revisions- gesuch	237
a) Form und Inhalt	237
b) Frist	237
c) Wirkung	237

d) Adressat	238
2. Weitere Voraussetzungen	238
a) Revisionsgrund	238
b) Rechtskräftiges Scheidungsurteil	238
IV. Der Revisionsentscheid	239
1. Wirkung	239
a) Das abweisende Scheidungsurteil	239
b) Das gutheissende Scheidungsurteil	239
c) Die Scheidungskonvention	241
2. Entscheidformen und deren Anfechtbarkeit	242
a) Der Nichteintretensentscheid	242
b) Der abweisende Revisionsentscheid	242
c) Der gutheissende Revisionsentscheid	243
3. Kostenaufgabe	243
§ 8 Ausblick	244

Literaturverzeichnis

- BAENNINGER M. Verträge zwischen Ehegatten
über die personenrechtlichen
Wirkungen der Ehe,
Diss. Zürich 1922
(zit. BAENNINGER)
- BAERLOCHER R.J. Das Rechtsmittelsystem des
baselstädtischen Zivilprozess-
rechts,
Diss. Basel 1964
(zit. BAERLOCHER)
- BALLY P. Das Rechtsmittel der Revision
nach kantonalem Zivilprozessrecht
unter besonderer Berücksichtigung
seiner Zulassung beim Eheschei-
dungsurteil nach Wiederverheiratung
eines der beiden Ehegatten,
Diss. Basel 1949
(zit. BALLY)
- BIRCHMEIER W. Handbuch des Bundesgesetzes
über die Organisation der Bundes-
rechtspflege vom 16. Dezember
1943 unter Berücksichtigung
der Schluss- und Uebergangsbe-
stimmungen (OG),
Zürich 1950
(zit. BIRCHMEIER)
- BRANDENBERGER E. Die vermögensrechtlichen Folgen
der Ehescheidung mit Ausschluss
der güterrechtlichen Auseinander-
setzung nach schweizerischem
Recht
Diss. Zürich 1933
(zit. BRANDENBERGER)
- BUEHLER/SPUEHLER Berner Kommentar, Bd.II: Familien-
recht, 1. Abt.: Das Eherecht,
Art. 137-158 ZGB, 3. Aufl.,
Bern 1980
(zit. BUEHLER/SPUEHLER)

- BUERKLI W. Rechtskraftprobleme in Eheprozessen,
Diss. Zürich 1952
(zit. BUERKLI)
- DANEGGER K. Interpretation des Art. 157
ZGB, in ZBJV 57 S. 297 ff.
(zit. DANEGGER)
- DESBIOLLES M. Das Rechtsmittel der Revision,
Eine vergleichende Darstellung
im zürcherischen Zivil- und
Strafprozessrecht,
Diss. Zürich, 1940
(zit. DESBIOLLES)
- EGGER A. Zürcher Kommentar, Das Familienrecht,
1. Abt.: Das Eherecht,
Art. 90-251 ZGB,
Zürich 1936
(zit. EGGER)
- ERNY H. Das Gemeinwesen als Partei
in familienrechtlichen Prozessen,
Diss. Basel 1943
(zit. ERNY)
- FRANK R. Gerichtswesen und Prozessverlauf,
z.B. im Kanton Zürich,
Eine Uebersicht,
Zürich 1980
(zit. FRANK)
- FREY P. Die Abänderbarkeit von Scheidungskonventionen,
in SJZ 73 (1977), S. 187 ff.
(zit. FREY)
- FRICK E. Der Gerichtsstand bei der Abänderung
von Scheidungsurteilen,
Diss. Zürich 1954
(zit. FRICK)
- GERICHTSSCHREIBER der Entscheid-Mustersammlung der
zürcherischen Bezirks- zürcherischen Bezirksgerichte,
gerichte Bd.I, Zivil, Stand 1. Januar
 (zit. MS)

- GMUER M. Berner Kommentar, Bd.II: Familienrecht, 1. Abt.: Das Eherecht, Art. 90-251 ZGB, 2. Aufl., Bern 1923
(zit. GMUER)
- GOETZ E. Berner Kommentar, Bd. II: Familienrecht, 1. Abt.: Das Eherecht, Art. 90-136 ZGB, 3. Aufl., Bern 1964
(zit. GOETZ)
- GULDENER M. Schweizerisches Zivilprozessrecht 3. Aufl., Zürich 1979
(zit. GULDENER)
- GULDENER M. Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951, mit Supplement, Zürich 1959
(zit. GULDENER, IZPR)
- GYGAX I.T. Gestaltung und Abänderung der Elternrechte nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 156 und 157, Diss. Bern 1953
(zit. GYGAX)
- HABSCHEID W.J. Droit judiciaire privé suisse, Mémoires publiés par La Faculté de Droit de Genève No. 48, Genève 1975
(zit. HABSCHEID)
- HABSCHEID W.J. Die Rechtskraft nach Schweizerischem Zivilprozessrecht, in SJZ 74 (1978), S. 201 ff.
(zit. HABSCHEID, Rechtskraft)
- HAGGER W. Die Erläuterung im schweizerischen Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1981
(zit. HAGGER)

- HARTMANN E. Die Scheidungskonvention nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Bern 1943
(zit. HARTMANN)
- HAUSER/HAUSER Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 29. Januar 1911, 3. Aufl., Zürich 1978
(zit. HAUSER/HAUSER)
- HEGNAUER C. Berner Kommentar, Bd.II: Familienrecht, 1. Abt.: Die Verwandtschaft, aArt. 252-301 ZGB, 3. Aufl., Bern 1964
(zit. HEGNAUER)
- HEGNAUER C. Grundriss des Kindesrechts, Bern 1977
(zit. HEGNAUER, Grundriss)
- HINDERLING H. Fragen aus dem Scheidungsrecht (Stand der Revisionsarbeit 1975), in SJZ 71 (1975), S. 253 ff.
(zit. HINDERLING, SJZ)
- HINDERLING H. Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 3. Aufl., Zürich 1967
(zit. HINDERLING)
- HINDERLING H. Das schweizerische Ehescheidungsrecht, Zusatzband zur 3. Aufl., Zürich 1981
(zit. HINDERLING, Zusatzband)
- HINDERLING H. Ausgewählte Schriften, Zürich 1982
(zit. HINDERLING, Schriften)
- HUBER E. Recht und Rechtsverwirklichung, Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, Basel 1921
(zit. HUBER)

- JAUERNIG O. Zivilprozessrecht,
Ein Studienbuch,
18. Aufl., München 1977
(zit. JAUERNIG)
- JORIO T. Der Inhaber der elterlichen
Gewalt nach dem neuen Kindes-
recht,
Diss. Zürich 1977
(zit. JORIO)
- KEHL/KEHL Die Abänderung und Ergänzung
von Scheidungs- und Trennungs-
urteilen einschliesslich Erläute-
rung und Revision,
Lieferung 1: Die materiellen
 Grundsätze
Lieferung 2: Die formellen
 Grundsätze,
Prozessrecht, Zürich 1975
(zit. KEHL/KEHL I und II)
- KELLER/PFISTERER Die Zivilprozessordnung für
den Kanton Aargau mit Erläuterun-
gen samt einem Anhang der anderen
prozessualischen Gesetze,
Aarau 1947
(zit. KELLER/PFISTERER)
- KELLER/SCHOEBI Das Schweizerische Schuldrecht,
Bd. I: Allgemeine Lehren des
Vertragsrechts, Basel 1982
(zit. KELLER/SCHOEBI)
- KNECHT H. Die Abänderungsklagen,
Diss. Zürich 1954
(zit. KNECHT)
- KOENIG R. Die Familie der Gegenwart,
2. Aufl., München 1977
(zit. KOENIG)
- KUMMER M. Berner Kommentar, Einleitungsband,
Art. 8 ZGB, Bern 1962
(zit. KUMMER)

- KUMMER M. Grundriss des Zivilprozessrechts
und der Prozessordnungen des
Kantons Bern und des Bundes,
3. Aufl., Bern 1978
(zit. KUMMER, ZPR)
- LEMP P. Berner Kommentar, Bd.II: Familien-
recht, 1. Abt.: Das Eherecht,
Art. 159-251 ZGB, 3. Aufl.,
Bern 1963
(zit. LEMP)
- MARTI H.P. Das Neue Recht der Bernischen
Zivilprozessordnung vom 7.
Juli 1918,
Diss. Bern 1963
(zit. MARTI)
- MEIER-HAYOZ A. Berner Kommentar, Einleitungsband,
Art. 1 ZGB, Bern 1962
(zit. MEIER/HAYOZ)
- MERZ H. Berner Kommentar, Einleitungsband,
Art. 2 ZGB, Bern 1962
(zit. MERZ)
- MICHEL D. Die Abänderung des Ehescheidungs-
urteils nach Art. 157 ZGB,
Diss. Zürich 1937
(zit. MICHEL)
- MURBACH H. Die prozessuale Behandlung
der vermögensrechtlichen Neben-
folgen der Ehescheidung nach
schweizerischem Recht,
Diss. Zürich 1954
(zit. MURBACH)
- PFYFFER F. Vom Unterhaltsbeitrag an die
geschiedene Ehefrau,
in SJZ 54 (1958), S. 49 ff.
(zit. PFYFFER)
- REHBINDER M. Rechtssoziologie,
Berlin/New York 1977
(zit. REHBINDER)

- ROSENBERG/SCHWAB Lehrbuch des deutschen Zivil-
prozessrechts,
14. Aufl., Erlangen-München
(zit. ROSENBERG/SCHWAB)
- RUST B. Die Revision im Zürcher Zivil-
prozess,
Diss. Zürich 1981
(zit. RUST)
- SCHNITZER A.F. Handbuch des internationalen
Privatrechts,
Bd. I, 4. Aufl., Basel 1957
(zit. SCHNITZER)
- SCHNYDER A.K. Staatsverträge im internationalen
Privat- und Zivilverfahrensrecht
der Schweiz,
Ein systematischer Führer,
Zürich 1983
(zit. SCHNYDER)
- SCHULTHESS H. Entstehung und Untergang der
elterlichen Gewalt im ehelichen
Kindesverhältnis nach dem Schwei-
zerischen Zivilgesetzbuch,
Diss. Bern 1934
(zit. SCHULTHESS)
- SPUEHLER K. Abänderungs- oder Ergänzungs-
(bzw. Nach-)verfahren zum Ehe-
scheidungsprozess,
Insbesondere mit Bezug auf
das Recht der Eltern auf persön-
lichen Verkehr,
in SJZ 79 (1983), S. 37 ff.
(zit. SPUEHLER)
- STAEHELIN A. Rechtsnatur und Anfechtung
der Scheidungskonvention,
in Familienrecht im Wandel,
Festschrift für Hans Hinderling,
Basel 1976, S. 281 ff.
(zit. STAEHELIN)

- STAUFFER W. Praxis zum NAG,
Textausgabe mit Hinweisen auf
die wichtigsten Gerichts- und
Verwaltungsentscheide sowie
auf die vorbehaltenen Staatsver-
träge, mit Nachtrag,
Zürich 1973/1977
(zit. STAUFFER)
- STEUP CH. Der Unterhaltsanspruch des
geschiedenen Ehegatten nach
dem Recht der Schweiz, der
Deutschen Demokratischen Republik
und der Bundesrepublik Deutschland,
Diss. Marburg 1973
(zit. STEUP)
- STRAEULI/HAUSER Zürcherische Rechtspflegegesetze,
Bd. II: Gesetz betreffend den
Zivilprozess vom 13. April
1913, 2. Aufl.,
Zürich 1939
(zit. STRAEULI/HAUSER, aZPO)
- STRAEULI/MESSMER Kommentar zur Zürcherischen
Zivilprozessordnung,
2. Auflage, Zürich 1982
(zit. STRAEULI/MESSMER)
- STRAEULI/MESSMER Kommentar zur Zürcherischen
Zivilprozessordnung,
1. Aufl., Zürich 1976
(zit. aSTRAEULI/MESSMER)
- STUDER P. Willensmängel bei Parteihandlungen
im Zivilprozess unter Berück-
sichtigung der Zürcher Zivil-
prozessordnung,
Diss. Zürich 1976
(zit. STUDER)
- TUOR/SCHNYDER Das Schweizerische Zivilgesetzbuch
9. Aufl., Nachdruck 1979 mit
Einschluss des Suppléments
zum Kindesrecht,
Zürich, 1979
(zit. TUOR/SCHNYDER)

- VISCHER/VON PLANTA Internationales Privatrecht
2. Aufl., Basel 1982
(zit. VISCHER/VON PLANTA)
- VON TUHR/PETER Allgemeiner Teil des Schweizer-
rischen Obligationenrechts,
Band I, 3. Aufl., Zürich 1979
(zit. VON TUHR/PETER)
- WAESCH R. Die Abänderung von Ehescheidungs-
urteilen nach Art. 153 ZGB,
Diss. Bern 1950
(zit. WAESCH)
- WALDER H.U. Die Offizialmaxime,
Anwendungsbereich und Grenzen
im schweizerischen Zivilprozess-
recht,
Zürich 1973
(zit. WALDER, Offizialmaxime)
- WALDER H.U. Prozesserledigung ohne Anspruchs-
prüfung nach zürcherischem
Recht,
Zürich 1966
(zit. WALDER, Prozesserledigung)
- WALDER H.U. Zivilprozessrecht nach den
Gesetzen des Bundes und des
Kantons Zürich unter Berücksichti-
gung anderer Zivilprozessordnungen,
3. Aufl., Zürich 1983
(zit. WALDER)
- WEBER E. Der Rekurs "wegen Verletzung
klarer Prozessvorschriften"
im Zürcher Zivilprozess,
§ 334 Ziff. 3 a.E. ZPO,
Diss. Zürich 1956
(zit. WEBER)
- ZWEIFEL P. Revision, Reinigung und Erläuterung
nach St. Gallischer Zivilprozess-
ordnung,
Diss. Freiburg 1952
(zit. ZWEIFEL)

Abkürzungsverzeichnis

A	Anmerkung
a	alter, alte, altes
Abs.	Absatz
aGVG	Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 29. Januar 1911
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946
allg.	allgemein
a.M.	anderer Meinung
Aufl.	Auflage
Art.	Artikel
aZPO	Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13. April 1913
Bd.	Band
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
Bger	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Basel
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
ca.	zirka
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EG ZGB	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 2. April 1911
evtl.	eventuell
f./ff.	und folgende Seite(n)

GVG	Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976
gl. M.	gleicher Meinung
IPR	Internationales Privatrecht
IPR-Gesetz	Entwurf zu einem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Gesetzesentwurf der Expertenkommission in Schweizer Studien zum Internationalen Recht, Bd. 12, Zürich 1978
i.V.m.	in Verbindung mit
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
kt./Kt.	kantonal/Kanton
lit.	Buchstabe
m.E.	meines Erachtens
N	Note
NAG	Bundesgesetz betreffend die zivil- rechtlichen Verhältnisse der Niederge- lassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891
Nr.	Nummer
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
Oger	Obergericht
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911
Pr	Die Praxis des Bundesgerichts
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, Zürich
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Schweize- rischen Rechts
u.	und
u.a.	unter anderem

u.ä.	und ähnliches
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
Ziv.abt.	Zivilabteilung
ZPO	Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZstV	Zivilstandsverordnung vom 1. Juni 1953
z.T.	zum Teil
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen

Einleitung

Die schweizerische Rechtsordnung bietet den Ehegatten, die sich in ihrer Ehe nicht mehr zurechtfinden, verschiedene gerichtliche Konfliktlösungen an: So können sie z.B., besteht für ihr Zusammenleben in der Ehe noch eine Chance, den Eheschutzrichter, der in der Praxis weitgehend eine Vermittlerrolle einnimmt, anrufen. Ein stärkerer Eingriff in die eheliche Gemeinschaft bedeutet die Ehetrennungsklage, die aber immer noch - wenigstens theoretisch - auf eine Wiedervereinigung der Ehegatten zu einem erneuten ehelichen Zusammenleben hoffen lässt. Als schwerwiegendste, rechtlich endgültige und oft unvermeidbare Konfliktlösung drängt sich meist nur noch die Auflösung der Ehe durch die Ehescheidung auf. Durch sie scheinen vorerst die persönlichen Probleme der Ehegatten untereinander gelöst zu sein, und viele Ehegatten, die durch Ehescheidung aus einer zerrütteten Ehe "befreit" worden sind, fühlen sich erleichtert ab dem "dicken Strich", der unter das Kapitel "Ehe" gezogen worden ist. Viele der geschiedenen Ehegatten müssen aber bald einmal erfahren, dass das von ihnen geschlossen gewählte Kapitel noch einen "Anhang" besitzt, der zwar nicht mehr unbedingt von ihren Konflikten in der ehelichen Gemeinschaft¹⁾, jedoch von den zwischen ihnen neu entstandenen Beziehungen nach der Ehescheidung handelt. Das Scheidungsurteil löst Bindungen zwischen den Ehegatten, lässt jedoch durch seinen Inhalt

1) Es sei denn, ein Ehegatte will mit einem Revisionsbegehren das gutheissende Scheidungsurteil in ein abweisendes umändern. In einem solchen Verfahren kommen die ehelichen Konflikte erneut ausführlich zur Sprache.

zwischen den geschiedenen Ehegatten sofort wieder neue, wenn auch anders gelagerte, entstehen. Konflikte, die zwischen den geschiedenen Ehegatten nach der Scheidung im Zusammenhang mit dem Scheidungsurteil entstanden sind, werden im Nachverfahren zum Scheidungsprozess, welches Gegenstand vorliegender Arbeit ist, gelöst.

Das Scheidungsurteil hat für die Ehegatten nach der Scheidung zentrale Bedeutung. Sie haben sich bei dessen Abwicklung an ihm verbindlich zu orientieren; ihre Beziehungen werden durch das Scheidungsurteil bestimmt.

Die Regelung im Scheidungsurteil, sei es über die finanziellen Verpflichtungen, sei es über die Elternrechte, darf aber für die geschiedenen Ehegatten nicht unwiderruflich unveränderlich sein. Das Scheidungsurteil kann infolge der sich dauernd ändernden Lebensverhältnisse der Beteiligten unzulänglich geworden sein, so dass es den neuen Verhältnissen angepasst werden muss. Oder es kann sich z.B. unmittelbar nach der Scheidung herausstellen, dass das Scheidungsurteil im einen oder andern Punkte nicht vollstreckbar ist, weil es unverständlich formuliert ist, oder weil es sogar eine Lücke aufweist. Diesfalls muss es ebenfalls korrigiert werden können. In diesen und ähnlichen Fällen kann die Rechtskraft des Scheidungsurteils umgestossen und im angesprochenen Nachverfahren eine Korrektur verlangt werden. Andernfalls könnten eine Partei oder auch Dritte, wie z.B. die Kinder der geschiedenen Ehegatten, ungerechtfertigt benachteiligt werden.

Dadurch, dass das Nachverfahren Konflikte zwischen den geschiedenen Ehegatten nach der Ehescheidung innerhalb unserer Rechtsordnung möglichst gerecht lösen soll, erhält es nebst der rechtlichen (Recht) auch eine - insbesondere im Scheidungsrecht wichtige - soziale Komponente (Gerechtigkeit).

Oberrieden, im Oktober 1986

Markus Dörig

§ 1 Das Nachverfahren im allgemeinen

A. Begriff des Nachverfahrens

In der Literatur findet man keine umfassenden Begriffs-
umschreibungen des Nachverfahrens im Ehescheidungsprozess.
Dies mag daher rühren, weil die einzelnen Verfahren, die
sich an einen Ehescheidungsprozess anschliessen können,
sehr verschieden sind. Jedes dieser Verfahren könnte man
auf Grund seiner Eigenschaften selbständig als Nachverfah-
ren bezeichnen, was m.E. aber kaum zweckmässig erschiene
und in der Dogmatik zu begrifflichen Unsicherheiten führen
würde.

Ein Ziel der vorliegenden Arbeit ist deshalb vorerst, die
einzelnen Verfahren - Erläuterung, Abänderung, Ergänzung
und Revision des Ehescheidungsurteils - unter den alleinigen
Oberbegriff "Nachverfahren" zu subsumieren.

I. Die verschiedenen möglichen Begriffsumschreibungen

1. Nachverfahren im materiellen Sinne

Von einem Nachverfahren im materiellen Sinne kann überall
dort gesprochen werden, wo das Scheidungsurteil materiell,
d.h. inhaltlich oder sachlich betroffen wird; sei es, dass
Unterhaltsbeiträge herabgesetzt werden sollen - was beim

Abänderungsverfahren¹⁾ unter anderem der Fall sein kann - sei es, dass das Besuchsrecht unvollständig geregelt worden ist und diesbezüglich ergänzt werden muss.

Schliesslich wird das Scheidungsurteil z.B. auch dann materiell betroffen, wenn es einer Partei mittels Revision (§ 293 ff. ZPO) gelingt, den Entscheid für sich im Nachhinein günstiger zu gestalten.

2. Nachverfahren im formellen Sinne

Unter Nachverfahren im formellen Sinne kann zweierlei verstanden werden:

Das eine betrifft das Scheidungsurteil selbst, wenn es einen Formfehler aufweist, der behoben werden muss; das andere das eigentliche selbständige, prozessrechtliche, also formellrechtliche Verfahren als ganzes²⁾, das dem Scheidungsprozess nachfolgen kann und in dem die betreffenden prozessrechtlichen Fragen zu prüfen sind. So können z.B. im ersten Fall Scheidungsurteile, die zwar klar und vollständig gedacht, jedoch unvollständig zu Papier gebracht wurden, auf dem Wege der Erläuterung

1) Gerade beim Abänderungsverfahren, als typischem Beispiel, geht es um einen neu zu beurteilenden Sachverhalt und deshalb um einen neuen materiellen Anspruch, der durch Beweis der Veränderung der Verhältnisse gegenüber der geltenden Ordnung des bestehenden Scheidungsurteils dargetan werden muss (BGE 67 II 66; 85 II 169).

2) Dies trifft v.a. bei Abänderung, Ergänzung und Revision des Scheidungsurteils zu.

vervollständigt bzw. verdeutlicht werden.³⁾ Denkbar sind ferner Fälle formeller Lückenhaftigkeit, bei denen zur Behebung des Mangels die Ergänzung des Scheidungsurteils Anwendung findet. So z.B. wenn im Scheidungsdispositiv von einer Scheidungskonvention, die der ausdrücklichen richterlichen Genehmigung bedarf, lediglich Vormerk oder Kenntnis genommen wird.⁴⁾

3. Nachverfahren im engeren Sinne

In der Literatur wird einzig das Ergänzungsverfahren als Nachverfahren bezeichnet. Diese Umschreibung ist m.E. zu eng, findet aber ihre Berechtigung in der Verknüpfung des vorangegangenen Scheidungsverfahrens mit dem Ergänzungsverfahren durch die örtliche Zuständigkeit: Ausgehend vom Grundsatz der notwendigen Einheit des Scheidungsurteils bleibt nach heutiger Praxis derjenige Richter für die Ergänzung zuständig, der das Scheidungsurteil ausgesprochen hat.⁵⁾ Es muss hier m.E. einschränkend von einem Nachverfahren im engeren Sinne gesprochen werden, zumal da Erläuterung, Abänderung und Revision auf Grund ihrer Eigenschaften, die noch aufzuzeigen sind, ebenfalls je für sich allein als Nachverfahren bezeichnet werden können.

3) Ueber die Abgrenzung zwischen Erläuterung und formloser Berichtigung vgl. hinten, § 4.C.III.1.

4) SPUEHLER, SJZ 79 (1983) S. 39; a.M. BGE 102 II 69 f.

5) BGE 81 II 315; 104 II 291; 107 II 15 E. 2

4. Nachverfahren im weiteren Sinne

Unter der Voraussetzung, dass m.E. Erläuterung, Abänderung, Ergänzung und Revision je für sich allein ein Nachverfahren zum eigentlichen Scheidungsprozess darstellen können, erscheint es mir sinnvoll, die vier genannten einzelnen Verfahren zu einem einzigen Begriff zusammengefasst als das "Nachverfahren im weiteren Sinne" bzw. als das "Nachverfahren" schlechthin zu bezeichnen. Dies aus folgenden Gründen:

a) Allgemeine, gemeinsame Eigenschaften von Erläuterung, Abänderung, Ergänzung und Revision⁶⁾

Alle vier genannten Verfahren bilden gegenüber dem vorangegangenen Scheidungsprozess ein neues Verfahren, das durch einen neuen formellen Entscheid abgeschlossen wird. Gleichwohl stehen alle im Zusammenhang mit dem Scheidungsprozess.

Erläuterung, Abänderung, Ergänzung und Revision erfolgen zudem gegen ein bereits in Rechtskraft erwachsenes Scheidungsurteil⁷⁾ und sind nicht durchwegs an strenge Fristvorschriften gebunden.

6) Ausführlich zu den Eigenschaften vgl. § 4-7

7) Eine Ausnahme bildet die Erläuterung, die auch bei einem nicht rechtskräftigen Scheidungsurteil erfolgen kann (vgl. hinten, § 4. D.III.)

b) Abgrenzungen

Nicht als Nachverfahren können die Berichtigung, die Berufung und die Nichtigkeitsbeschwerde bezeichnet werden.

Bei der Berichtigung handelt es sich nicht um ein eigentliches gerichtliches Verfahren. § 166 GVG erteilt dem Kanzleibeamten die Kompetenz, offenkundige Versehen zu korrigieren. Ein selbständiger Entscheid erfolgt also nicht. Mitteilung an die Parteien genügt.

Das Berufungsverfahren kann nicht als neues Verfahren, sondern muss als Weiterführung des erstinstanzlichen Scheidungsverfahrens angesehen werden. Zudem erfolgt die Berufung als ordentliches Rechtsmittel gegen ein noch nicht rechtskräftiges Scheidungsurteil (§ 190 ZPO), hemmt also dessen Rechtskraft und damit dessen Vollstreckbarkeit (§ 260 ZPO).

Was die Nichtigkeitsbeschwerde anbetrifft, so hat die Kassationsinstanz den Prozess zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, wenn die Sache nicht spruchreif ist (§ 291 ZPO). In diesem Sinne kann man m.E. nicht von einem selbständigen Verfahren, das mit einem neuen Entscheid abgeschlossen wird, sprechen. Zudem bestehen relativ strenge Vorschriften bezüglich Fristen, was bei Erläuterung, Abänderung, Ergänzung und Revision nicht oder weniger ausgeprägt der Fall ist.

B. Zweck und Bedeutung

I. Nachträgliche Korrektur des Scheidungsurteils

Zweck des Nachverfahrens ist es, ein auf irgendeine Art unzulängliches oder unzulänglich gewordenes Scheidungsurteil, das auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg nicht mehr angefochten werden kann, mit dem zutreffenden Rechtsbehelf zu korrigieren.

So erfährt im erfolgreich durchgeführten Nachverfahren das Scheidungsurteil immer eine Korrektur oder Veränderung, sei diese nun formeller oder materieller Natur, sei sie konkret eine Verdeutlichung bei der Erläuterung, eine Anpassung an veränderte Verhältnisse bei der Abänderung, eine Vervollständigung bzw. Lückenfüllung bei der Ergänzung oder eine Neufassung des Scheidungsurteils bei der Revision.

II. Bedeutung in sozialer und rechtlicher Hinsicht

Wenn wir die Entwicklung der Ehe in Vergangenheit und Gegenwart betrachten, dann können wir leicht feststellen, dass es die Ehe in irgendeiner Form zwar immer gegeben hat, dass deren Bewertung aber starken Schwankungen ausgesetzt ist.⁸⁾ So versteht sich die Gesellschaft der Gegenwart als Krisen und Uebergangsgesellschaft⁹⁾, die auch Auswirkungen auf die Ehe hat. Als Grundpfeiler einer

8) KOENIG, S. 97

9) REHBINDER, S. 122

solchen Gesellschaft bzw. Gemeinschaftsbildung erweisen sich dabei Mann und Frau¹⁰⁾, welche durch die Ehe miteinander verbunden sind. Die Anzahl der Ehescheidungen, welche immer häufiger werden, ist daher ein Problem unserer heutigen Gesellschaft, das gelöst sein will. Mit der immer grösser werdenden Bedeutung der Ehescheidung in sozialer Hinsicht verstärkt sich daher auch deren rechtliche Bedeutung zwangsläufig. Gesellschaft und Recht sind eng miteinander verknüpft, da es die Hauptaufgabe des Rechts - verstanden als spezifische Leistung für die Gesellschaft -¹¹⁾ ist, das Verhalten des Individuums in der Gesellschaft zu steuern und Konflikte zu bereinigen. Das Recht muss aber auch das Individuum schützen. Es darf die Existenz des Ehegatten als Individuum mit eigenem Charakter und eigenen Wünschen innerhalb der Ehe nicht ablehnen, sondern hat dem einzelnen Ehegatten dort, wo ihm die Ehe nicht mehr zugemutet werden darf, gegenüber der Gemeinschaft den Vorzug zu geben.¹²⁾ Diesem Schutz ist aber nicht alleine damit Genüge getan, dass die Rechtsordnung die Ehescheidung zulässt und regelt, sondern dass sie für Konflikte, die im Zusammenhang mit und nach einer Ehescheidung entstehen können, eine Lösung anbietet.

Konflikte entstehen auch nach der Ehescheidung zwischen den geschiedenen Ehegatten immer wieder, z.B. bei der Regelung der Unterhaltsansprüche oder des Besuchsrechts. Werden die Ehescheidungen immer häufiger, so mit Sicher-

10) HUBER, S. 224

11) REHBINDER, S. 142

12) HUBER, S. 299

heit auch die Konflikte nach dem Ehescheidungsprozess. Aus diesem Grunde steigt die Bedeutung des Nachverfahrens in sozialer und rechtlicher Hinsicht gleichermassen mit der Bedeutung der Ehescheidung bzw. Ehescheidungsrate. Solche Konflikte lassen sich - da ein soziales Phänomen - also nicht mindern oder gar verhindern. Es gilt deshalb, sie so gut als möglich durch eine flexible, den Umständen der Zeit angepasste Rechtsordnung zu regeln.

§ 2 Standortbestimmung im heutigen Recht

A. Die heutige gesetzliche Regelung im allgemeinen

Nach Art. 64 Abs. 1 BV steht dem Bund die Regelung des materiellen Zivilrechts zu, nach Abs. 3 verbleibt den Kantonen die Regelung des formellen Verfahrensrechtes. Diese Abgrenzung ist jedoch ungenügend, ist doch der Bund auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechtes zur Gesetzgebung befugt (Art. 64 Abs. 2 BV). Dieser Vorbehalt zugunsten des Bundes führt dazu, dass z.B. im Scheidungsrecht verfahrensrechtliche Bestimmungen wie Art. 144 oder 158 ZGB bundesrechtliche Geltung besitzen, die dem kantonalen Recht vorgehen.

So verwundert es denn nicht, wenn gerade im Nachverfahren zum Scheidungsprozess Sachverhalte, die weder vom Bundes- noch vom kantonalen Recht einheitlich geregelt sind, durch das Bundesgericht entschieden werden müssen. Dabei drängt sich die Frage auf, inwieweit die verfahrensrechtlichen Bestimmungen von Art. 144 und 158 im Scheidungsrecht des ZGB im Nachverfahren, insbesondere bei Abänderung und Ergänzung des Scheidungsurteils, und inwieweit die allgemeinen Verfahrensgrundsätze des kantonalen Rechts heranzuziehen seien.¹⁾

1) Ueber die entscheidende Rolle der Rechtsprechung vgl. hinten, § 2. B. I.

I. Bundesrecht

1. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB)

Im ZGB finden sich bezüglich des Nachverfahrens keine formellrechtlichen Bestimmungen, wie das z.B. im Ehescheidungsverfahren mit den Art. 144 und 158 ZGB der Fall ist. Was das materielle Recht anbetrifft, so sind speziell die Voraussetzungen für eine Abänderungsklage bzw. die Abänderungstatbestände in den Art. 153, 157 und 286 Abs. 2 ZGB festgehalten. Ferner sind die Art. 307 ff. ZGB auf das Abänderungsverfahren anwendbar.

Im weiteren gelten allgemein die Bestimmungen im ZGB unter dem Titel "Die Ehescheidung", da im Nachverfahren - so vor allem bei Ergänzung, Revision und Erläuterung - das Scheidungsurteil diesen Bestimmungen nur "fehlerhaft"²⁾ entspricht und - diesen wenn notwendig Nachdruck verschaffend - korrigiert werden muss.

2. Das Schweizerische Obligationenrecht (OR)

Auch im OR gibt es in Bezug auf das Nachverfahren keine formellrechtlichen Bestimmungen. Hingegen sind zivilrechtlich unwirksame Parteierklärungen, wie sie gemäss § 293 Abs. 2 ZPO im Revisionsverfahren geltend gemacht werden, nach den Art. 23 ff. OR über die Willensmängel zu beurteilen.³⁾

2) Im Gegensatz zur Abänderung, wo nicht ein "Fehler" korrigiert, sondern das Scheidungsurteil an veränderte Verhältnisse "angepasst" wird.

3) Vgl. hinten, § 7. F. III.

Zudem ist zu beachten, dass Vereinbarungen über die scheidungs- und güterrechtlichen Nebenfolgen nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts abgeschlossen werden.⁴⁾ Hinzu kommt, dass sich insbesondere die Erfüllungspflichten von Scheidungsurteilen und Scheidungskonventionen bezüglich finanzieller Nebenfolgen nach den Bestimmungen über die "Wirkungen der Obligationen" richten (Art. 68 ff. OR).

3. Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG)

Es gilt das Nachverfahren auch im internationalen Verhältnis zu regeln. Im NAG finden wir aber weder materiellrechtliche noch verfahrensrechtliche Bestimmungen hinsichtlich des Nachverfahrens zum Ehescheidungsprozess. Allerdings können unter Umständen die Bestimmungen über die Ehescheidung Art. 7 g bis i bzw. Art. 28 NAG auch für das Nachverfahren von Bedeutung sein, wenn sie analog herangezogen werden.

Zudem sind im internationalen Verhältnis allfällige Staatsverträge zu beachten, wie z.B. das Haager Uebereinkommen vom 2. Oktober 1973 über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen (Inkrafttreten für die Schweiz: 1. August 1976) oder das New Yorker Uebereinkommen vom 20. Juni 1956 über die Geltendmachung

4) Auf die Natur der Scheidungskonvention wird noch ausführlich eingegangen (vgl. dazu hinten, § 3. B.I.)

von Unterhaltsansprüchen im Ausland (Inkrafttreten für die Schweiz: 4. November 1977).

II. Kantonales Recht

1. Die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (ZPO)

Was Abänderung und Ergänzung des Scheidungsurteils betrifft, so enthält die ZPO des Kantons Zürich unter dem Titel "Besondere Vorschriften für Prozesse über den Personenstand und für familienrechtliche Prozesse" einige wenige Regelungen betreffend Anhängigmachen des Prozesses (§ 196 Ziff. 4), Verfahren (§ 198) und Regelung der Nebenfolgen zusammen mit dem Entscheid über die Scheidung (§ 202).

Sodann kommen in der ZPO die Bestimmungen über die Revision (§ 293 ff.) als ausserordentliches Rechtsmittel hinzu mit dem Zweck, bereits auf kantonaler Ebene die Ueberprüfung einer rechtskräftig ergangenen richterlichen Entscheidung zu erreichen mit dem Ziel ihrer Verbesserung.⁵⁾

2. Das Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich (GVG)

Als kantonaler Rechtsbehelf - und nicht als eigentliches Rechtsmittel und daher auch nicht in der ZPO unter den Rechtsmitteln eingeordnet⁶⁾ - ist die Erläuterung zusammen

5) RUST, S. 14

6) Vgl. hinten, § 4. C. I.

mit der in formeller Hinsicht weniger bedeutenden Berichtigung in den §§ 162 ff. GVG geregelt.

III. Schlussfolgerung

In Bezug auf die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen und auf die formellrechtliche Regelungsfindung für das Nachverfahren überhaupt, entstehen insbesondere bei Abänderung und Ergänzung Schwierigkeiten, weil für sie in manchen Fällen keine einheitliche oder überhaupt keine gesetzliche Regelung besteht. Es ist dann Aufgabe der Rechtsprechung, durch schlüssige Entscheide eine praktische Lösung zu finden.⁷⁾

7) So z.B. für die örtliche Zuständigkeit im Abänderungsverfahren (BGE 42 I 330 ff.; 46 II 333 ff.); vgl. hinten, § 2. B. I. und § 5. E. II.

B. Stand der heutigen Praxis im allgemeinen

I. Schwerpunkte und Fallbeispiele

Wie bereits erläutert, ist das Nachverfahren im Scheidungsprozess gesetzlich nicht umfassend geregelt. Die Rechtsprechung ist daher immer wieder mit vom Gesetz ungelösten Problemen konfrontiert worden, die sie veranlasste, Grundsatzentscheide zu fällen und damit Recht zu setzen, und zwar im materiellen wie im formellen Bereich.

Im Verfahrensrecht lassen sich insbesondere u.a. Beispiele in Bezug auf die örtliche und sachliche Zuständigkeit im Nachverfahren anführen:

Das ZGB stellt für das Abänderungsverfahren keine Gerichtsstandsnorm auf. Es bestimmt weder in Art. 153 Abs. 2 noch in Art. 157 den kompetenten Richter. Gestützt auf Art. 64 Abs. 3 BV war es anfangs den Kantonen überlassen, darüber Normen aufzustellen. Die kantonalen Lösungen waren aber so unterschiedlich, dass sich Kompetenzkonflikte⁸⁾ nicht vermeiden liessen. Zur Vermeidung solcher Konflikte schrieb dann das Bundesgericht im Jahre 1916 für das Abänderungsverfahren bei interkantonalen Fällen den Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten zwingend vor und erklärte ihn vier Jahre später auch innerkantonale als

8) So, wenn sich z.B. kein Kanton für zuständig erklären wollte.

verbindlich.⁹⁾ Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht im Laufe der Jahre und auch in neuester Zeit - zudem auch grundsätzlich im internationalen Verhältnis - immer wieder bestätigt.¹⁰⁾

Aber nicht nur im Abänderungsverfahren, sondern auch im Ergänzungsverfahren hat das Bundesgericht einen Gerichtsstand, nämlich grundsätzlich denjenigen am Ort des ergangenen Scheidungsurteils, aufgestellt.¹¹⁾

Fragen ergeben sich wie erwähnt auch in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit: Soll für eine Aenderung der Elternrechte im Scheidungsurteil der Richter oder die Vormundschaftsbehörde zuständig sein? Gibt es dafür nur eine alternative oder auch eine kombinatorische Lösung?¹²⁾

Es lassen sich noch viele andere Beispiele anführen, die die bundesgerichtliche oder kantonalzürcherische Rechtsprechung zu einem Grundsatzentscheid oder einfach zu einer Präzisierung bzw. Auslegung einer Gesetzesbestimmung veranlassten. Unter ihnen seien lediglich einige wenige genannt:

- Verlust der Rente nach Art. 153 ZGB (BGE 106 II 2; 104 II 155; ZR 77 Nr. 128).

9) BGE 22 I 330 ff; 46 II 333 ff; KNECHT, S. 117.

10) BGE 104 II 291; 109 II 377.

11) So z.B. in BGE 104 II 291; 107 II 13; 107 II 16 E.3; aber auch die kt. Praxis: ZR 80 (1981) Nr. 40

12) Vgl. dazu ausführlich hinten, § 5. E. I. 2.

- Ergänzung von Amtes wegen (BGE 108 II 531).
- Uebertragung der elterlichen Gewalt auf den überlebenden Ehegatten (BGE 108 II 379).
- Erläuterung: Das Scheidungsurteil spricht sich nicht über die Kinderzulagen aus (ZR 79 (1980) Nr. 6).¹³⁾
- Erläuterung einer Scheidungskonvention (ZR 79 (1980) Nr. 89).
- Erläuterung: Widerspruch zwischen Dispositiv und Erwägungen (ZR 82 (1983) Nr. 61).
- Im Abänderungsprozess sind Renten gemäss Art. 151 und Art. 152 ZGB auszuscheiden (ZR 77 (1978) Nr. 41).
- Ist der Irrtum über einen Ehebruch ein Revisionsgrund? (ZR 68 (1969) Nr. 129).

II. Beurteilung

Den heutigen Stand der Praxis beurteile ich als gut. Auf Grund der grossen Anzahl von Nachverfahren und der vielfältigen Probleme, die sich diesbezüglich ergeben, war im Laufe der Jahre die Rechtsprechung gezwungen, umfassend zu solchen Rechtsfragen Stellung zu nehmen.¹⁴⁾ Die meisten

13) Grenzfall zur Ergänzung; vgl. hinten, § 4. E. III.

14) Es soll nicht Sinn und Zweck vorliegender Arbeit sein, die ganze Entwicklung der Rechtspraxis aufzuzeigen. Auf eine chronologische Darstellung wird deshalb verzichtet.

und üblichsten Sachverhalte können somit, abgestützt auf einer breiten Basis von Entscheiden, geregelt werden. Ob diese Regelungen in der Rechtsprechung auch immer eine geeignete Lösung darstellen, soll unter den einzelnen, noch folgenden Titeln dieser Arbeit u.a. überprüft werden.

§ 3 Das Scheidungsurteil als Ausgangspunkt des Nachverfahrens

Wie bereits erwähnt, wird ein Nachverfahren immer dann notwendig, wenn das Scheidungsurteil auf irgendeine Art unzulänglich ist oder unzulänglich geworden ist.¹⁾ Solche Unzulänglichkeiten gilt es zu vermeiden, was aber nicht immer möglich ist. So können Abänderungsverfahren dann nicht vermieden werden, wenn die Regelung im Scheidungsurteil auf Grund veränderter äusserer Umstände nicht mehr mit denjenigen Umständen übereinstimmen, die zu dieser an sich korrekten Regelung geführt haben. Die Unzulänglichkeit hat in einem solchen Fall ihren Ursprung nicht im Scheidungsurteil selbst. Dasselbe gilt für die mit Revision angefochtenen Urteile, deren Mangel nicht auf die fehlerhafte Entscheidungsfindung des Gerichts, sondern auf Tatsachen beruht, die im vorangegangenen Verfahren weder den Parteien noch dem Richter bekannt waren und später von einer Partei mit Revision geltend gemacht werden.

Anders verhält es sich hingegen bei der Erläuterung und bei der Ergänzung des Scheidungsurteils. Solche Verfahren werden angestrengt, weil das Scheidungsurteil von Anfang an, d.h. schon bei dessen Erlass, z.B. wegen Lückenhaftigkeit oder Unklarheit, an einem Mangel leidet. So gesehen kann man unterscheiden zwischen einem Scheidungsurteil, das an sich, d.h. "ursprünglich unzulänglich" ist, und einem solchen, das durch "äussere Umstände" unzulänglich geworden ist.

1) Vgl. vorne, § 1.B.I.

A. Die Gestalt des korrekten Scheidungsurteils

I. Aeussere Form

Das Scheidungsurteil ist grundsätzlich seiner äusseren Gestalt nach in einen sogenannten "Rahmen" - in dem das Scheidungsbegehren, die Prozessgeschichte und allfällig auch der Wortlaut einer von den Parteien geschlossenen Vereinbarung über die güter- und scheidungsrechtlichen Nebenfolgen aufgeführt werden - und in das Dispositiv unterteilt.²⁾ Haben die Parteien die Begründung des Urteilsspruches verlangt, so folgt eine solche in der Systematik des Scheidungsurteils auf den sogenannten "Rahmen" innerhalb der "Erwägungen" und leitet zum eigentlichen Dispositiv über.

II. Gestaltung des Inhaltes anhand eines Musterbeispielles

1. Die Ehe der Parteien wird gestützt auf Art. 142 ZGB geschieden.

Varianten: ... wird in Gutheissung der Klage gestützt auf ...; ... wird in Gutheissung der übereinstimmenden Begehren gestützt auf Art. 142 ZGB ...; ... wird in Gutheissung von Haupt- und Widerklage gestützt auf ...;

- 2) Diese Einteilung wird im Kanton Zürich von den Bezirksgerichten nicht einheitlich verfolgt. Es gibt Gerichte, die eine allfällige Scheidungskonvention über die güter- und scheidungsrechtlichen Nebenfolgen mit ihrem ganzen Wortlaut ins Scheidungsdispositiv aufnehmen. Die Mustersammlung der Gerichtsschreiber der zürcherischen Bezirksgerichte, Stand 1. Januar 1978, schlägt vor, kurze Vereinbarungen mit ihrem Wortlaut ins Dispositiv aufzunehmen, bei längeren auf einen Anhang zum Dispositiv zu verweisen (MS, Zivil 12.3., S. 2).

Um Art. 7 h NAG gerecht zu werden, welcher als materiell-rechtliche Voraussetzungen für eine Scheidung von Ausländern die Anerkennung des schweizerischen Gerichtsstandes und das Vorliegen eines Scheidungsgrundes nach Heimatrecht voraussetzt, sind der ausländische Scheidungsgrund und ein eventuelles Verschulden in den Erwägungen³⁾ festzustellen. Wird das Urteil nicht begründet, sind m.E. der Scheidungsgrund und das Verschulden in einem solchen Falle im Dispositiv oder zumindest im bereits erwähnten "Rahmen" zum Scheidungsurteil zu nennen.

Bei der Scheidung von Schweizern ist der Scheidungsgrund nach zürcherischer Praxis nicht mehr ins Dispositiv aufzunehmen. So wird in ZR 80 (1981) Nr. 58 ausgeführt: "Es ist dem Kläger im Scheidungsprozess überlassen, einen bestimmten Scheidungsgrund anzurufen. Die Bestimmung desjenigen Scheidungsgrundes, der auf den vom Kläger behaupteten und bewiesenen Sachverhalt anzuwenden ist, bleibt jedoch Aufgabe des Richters. Dies folgt aus dem Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung (iura novit curia). Als Frage der Rechtsanwendung gehört die Bestimmung des Scheidungsgrundes zu den Urteilsmotiven und damit nicht ins Scheidungsdispositiv."

Die Nennung des Scheidungsgrundes im Dispositiv wurde vom Bundesgericht nach früherer Praxis damit gerechtfertigt, dass ein Anspruch auf Feststellung des Scheidungsgrundes, insbesondere des Ehebruches, im Urteil bestünde.⁴⁾ Die

3) MS, Zivil, 12.3, S. 1

4) BGE 68 II 337; 69 II 348

zürcherische Praxis ging jedoch noch weiter und begründete die Nennung des Scheidungsgrundes im Dispositiv damit, der Gerichtsgebrauch nenne den Scheidungsgrund im Dispositiv, die Berufung sei gegen die Anwendung dieses Scheidungsgrundes statt eines anderen zulässig.⁵⁾ Die neueste Zürcher Rechtsprechung widerlegt diese Ansicht, indem sie anführt, dass der Kläger durch ein Urteil, welches die Scheidung ausspreche und damit die Klage im Scheidungspunkt gutheisse, durch dieses Urteil nicht beschwert sei. Eine Berufung käme demnach nicht in Frage.⁶⁾ Weiter wird in ZR 80 (1981) Nr. 58 ausgeführt, der neuen Praxis stehe im heutigen Zeitpunkt auch insoweit nichts mehr im Wege, als es sich um die Anwendung oder die Ablehnung von Art. 137 ZGB handle. In BGE 106 II 119 habe das Bundesgericht nämlich seine frühere Praxis aufgegeben, wonach die bundesrechtliche Berufung mit der Rüge zulässig gewesen sei, es sei dem Scheidungsurteil der Scheidungsgrund von Art. 137 ZGB und nicht einer der anderen Scheidungsgründe zugrundegelegt. Damit falle auch der letzte Umstand dahin, mit welchem der in der Lehre schon lange kritisierte Gerichtsgebrauch der Zürcher Gerichte gerechtfertigt werden konnte, den Scheidungsgrund ins Urteilsdispositiv aufzunehmen.

Diese Ansicht trifft m.E. auf begründete Scheidungsurteile durchaus zu. Ein Vorbehalt ist aber anzubringen auf Scheidungsurteile, zu denen die Parteien keine Begründung verlangt haben und somit die Urteilmotive - weil die Erwägungen fehlen - nicht zum Ausdruck gebracht werden können bzw. nicht ersichtlich sind. Dies ist vor allem

5) ZR 58 (1959) Nr. 175

6) ZR 80 (1981) Nr. 58

dann der Fall, wenn die Parteien die scheidungs- und güterrechtlichen Nebenfolgen in einer Konvention vereinbart haben, und der Richter nur noch über den Scheidungspunkt urteilen muss, den Rest des Urteils aber der angesprochenen Konvention zugrundelegen kann, falls die Voraussetzungen zu ihrer Genehmigung gegeben sind. In einem Revisionsverfahren z.B. könnte in einem solchen Fall jedoch von Bedeutung sein, ob der Scheidungsgrund im Dispositiv genannt ist oder nicht, wie folgendes Beispiel illustrieren soll:

Die Eheleute A wollen sich scheiden lassen. Sie sind kinderlos. Gutmütig, treu und wegen mangelnden Selbstvertrauens ist die Frau voller Schuldgefühle und glaubt, am Scheitern ihrer Ehe auch beigetragen zu haben, weiss aber nicht, dass ihr Ehemann seit Jahren ein Verhältnis mit einer anderen Frau hat. Aus diesen falschen Schuldgefühlen heraus schliesst sie eine für sie nicht besonders vorteilhafte Vereinbarung über die finanziellen Nebenfolgen ab, die es ihr gerade ermöglicht, mit zusätzlicher Neuaufnahme einer Erwerbstätigkeit ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Die Frau als Klägerin beantragt dem Richter in der Hauptverhandlung, die Ehe sei gestützt auf Art. 142 ZGB zu scheiden, die Vereinbarung über die finanziellen Nebenfolgen sei zu genehmigen.

Der Richter stellt fest, dass die Ehe zerrüttet ist. Nach Befragen der Parteien genehmigt das Gericht auch die vorgelegte Vereinbarung. Die Parteien verzichten auf Begründung und Berufung des Urteils. Dieses wird rechtskräftig. Ziff. 1 des Scheidungsdispositives lautet:

"Die Ehe der Parteien wird geschieden".

und ferner Ziff. 2:

"Die Vereinbarung der Parteien vom ... über die Scheidungs- und güterrechtlichen Nebenfolgen wird genehmigt".

Ein halbes Jahr später erfährt Frau A vom langjährigen Verhältnis ihres geschiedenen Mannes mit einer anderen Frau. Sie fühlt sich durch die abgeschlossene und vom Richter genehmigte Vereinbarung betrogen und strengt ein

Revisionsverfahren an, in dem sie den Scheidungsgrund des Ehebruchs im Sinne von Art. 137 ZGB unter für sie günstigerer Neuregelung der Nebenfolgen geltend macht.⁷⁾

Da die Parteien auf eine Begründung des Scheidungsurteils verzichtet haben, und der Scheidungsgrund auch nicht im Dispositiv genannt ist, kann lediglich auf Grund des Begehrens der Klägerin vermutet werden, dass der Richter die Ehe gestützt auf Art. 142 ZGB geschieden hat. Theoretisch wäre aber auch möglich gewesen, dass er die Ehe damals schon wegen Ehebruchs geschieden hat, weshalb die Klägerin nun denselben Scheidungsgrund im Revisionsverfahren und damit eine für sie günstigere Gestaltung der Nebenfolgen gar nicht mehr geltend machen könnte.

Es scheint mir daher richtiger, im Interesse klarer Entscheide den Scheidungsgrund im Dispositiv, zumindest aber - wenn keine Begründung des Urteils erfolgt ist - im sog. "Rahmen" zum Scheidungsurteil zu nennen.

Zudem ist m.E. nicht recht einzusehen, warum der Scheidungsgrund deshalb nicht ins Scheidungsdispositiv aufgenommen werden solle, weil dessen Bestimmung Rechtsanwendung sei. Es ist zwar sicher richtig, dass die Bestimmung des Scheidungsgrundes zu den Urteilsmotiven gehört, denen im Dispositiv aber nicht nur stillschweigend Rechnung getragen werden soll, sondern durchaus auch Ausdruck verliehen werden kann.

7) Die Revision eines rechtskräftigen Scheidungsurteils ist unzulässig, wenn damit lediglich ein anderer Scheidungsgrund vorgebracht wird, als im Urteil angenommen wurde, es sei denn, die Gestaltung der Nebenfolgen sei davon abhängig (STRAEULI/MESSMER, N 8 zu § 293 ZPO, 1. u. 2. Aufl.; vgl. hinten, § 7. D. I. 2. b.)

Im Jahre 1983 sah sich denn auch die Verwaltungskommission des zürcherischen Obergerichts gezwungen, im Zusammenhang mit der zitierten Praxis aus ZR 80 (1981) Nr. 58 festzuhalten, den Bezirksgerichten anheimzustellen, ob sie den Scheidungsgrund im Dispositiv nennen wollen, da sich für die Kanzleibeamten, die mit der Erstellung der Statistikformulare befasst seien, eine Angabe des Scheidungsgrundes bei nicht begründeten Scheidungsurteilen auch nicht aus den Erwägungen entnehmen lasse. Ferner dürfe bei Urteilen über ausländische Staatsangehörige die Nennung des Scheidungsgrundes im Dispositiv dann im Interesse einer Erleichterung der Anerkennung des schweizerischen Urteils im Heimatstaat gerechtfertigt sein, wenn das Urteil nicht begründet werde.⁸⁾

2. Die Kinder ... werden unter die elterliche Gewalt der Klägerin gestellt.

Varianten: Zusatz: Ueber die Pflege und Erziehung der Kinder wird eine vormundschaftsbehördliche Aufsicht für so lange angeordnet, als es der Vormundschaftsbehörde angezeigt erscheint. Die Vormundschaftsbehörde wird ersucht, das Aufsichtsorgan zu bestellen.

Oder:

2. Beiden Parteien wird die elterliche Gewalt über die Kinder ... entzogen, und es wird die Vormundschaftsbehörde ersucht, einen Vormund zu ernennen.

Im Interesse des Kindeswohles ist der Richter verpflichtet, über die Gestaltung der Elternrechte und der persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu

8) ZR 82 (1983) Nr. 40

entscheiden. Eltern und Vormundschaftsbehörde hat er dabei anzuhören (Art. 156 Abs. 1 ZGB). Das Gesetz vermittelt dem Richter keine Anhaltspunkte, wie er diese schwierige Aufgabe zu lösen habe. Indessen ist unbestritten, dass für den Richter ausschliesslich das Kindeswohl wegleitend zu sein hat.⁹⁾

Die Praxis hat Kriterien aufgestellt, die dem Richter als Anhaltspunkte für seinen Entscheid dienen sollen. Im Vordergrund stehen dabei die erzieherischen Fähigkeiten der Eltern, ihre persönlichen Beziehungen zum Kind, ferner auch die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, in denen sie leben und die für die äussere Entwicklung und Entfaltung der Kinder von einer gewissen Bedeutung sein können. Sind die erzieherischen Fähigkeiten, die persönlichen Beziehungen zum Kind und die äusseren Möglichkeiten bei beiden Eltern ungefähr gleich, fällt für die Frage der Zuteilung der Kinder vor allem deren Alter und die Möglichkeit der Eltern ins Gewicht, das Kind in eigener Obhut zu haben, es weitgehend persönlich betreuen und pflegen zu können.¹⁰⁾ In der Regel kommen diese Eigenschaften, vor allem in einer Zeit, in der die Kinder noch klein sind, der Mutter zu, selbst wenn sich die Gesellschaftsstruktur gegenüber früher, als die meisten Mütter gar nicht berufstätig waren, verändert hat.¹¹⁾

9) So die langjährige Bundesgerichtspraxis: BGE 109 II 193 ff.; 108 II 370; 94 II 2. E. 2; 79 II 241 f.; 53 II 195

10) BGE 109 II 193 f.

11) HINDERLING, S. 153 f.; Zusatzband S. 95 ff.; neueste Bestätigung dieser Rechtsprechung: BGE 111 II 225 ff.

Hält es der Scheidungsrichter für angebracht, so trifft er die nötigen Kindesschutzmassnahmen und betraut die vormundschaftlichen Behörden mit der Vollziehung (Art. 315a Abs. 1 ZGB).

In Frage kommen vor allem eine vormundschaftsbehördliche Aufsicht über Erziehung und Pflege der Kinder oder aber die Entziehung der elterlichen Gewalt, was die Bestellung eines Vormundes über die Kinder nötig werden lässt (Art. 311 Abs. 2 ZGB). Die Entziehung der elterlichen Gewalt wird erst dann verfügt, wenn andere Kindesschutzmassnahmen erfolglos geblieben sind oder von vornherein als ungenügend erscheinen (Art. 311 Abs. 1 ZGB). Einer vormundschaftsbehördlichen Aufsicht über Erziehung und Pflege der Kinder, die dem Inhaber der elterlichen Gewalt eine Stütze und Lebenshilfe im Bereich der Kindererziehung sein soll, ist deshalb wenn möglich der Vorzug zu geben. Die Vormundschaftsbehörde wird die geeigneten Massnahmen treffen. Im Vordergrund stehen die Massnahmen nach Art. 307 Abs. 3 ZGB. Ist das Wohl des Kindes beim Gewaltinhaber gewährt, wirkt dieser aber etwas unselbständig oder labil, so ist eine solche Massnahme mit dem Zweck der Unterstützung durchaus gerechtfertigt. Genügt eine solche Massnahme nicht mehr, ernennt die Vormundschaftsbehörde dem Kind einen Beistand nach Art. 308 ZGB.¹²⁾ Bestehen Zweifel über die Zuteilung der elterlichen Gewalt, so ist es angebracht, über die Fähigkeit der Eltern zur Erziehung der Kinder einen Bericht des zuständigen Jugendsekretariates einzuholen, zumal da ein solches die Familienverhältnisse der Betroffenen oft bereits kennt.

12) Ueber die Voraussetzungen dazu vgl. ZR 85 (1986) Nr.

3. Der Beklagte ist berechtigt, die Kinder je am ersten Sonntag eines jeden Monats zu sich auf Besuch zu nehmen.

Der Beklagte ist ferner berechtigt, die Kinder während 14 Tagen pro Jahr (in den Sommerschulferien) auf seine eigenen Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Da derjenige Elternteil, dem die elterliche Gewalt über die Kinder nicht mehr zusteht, Anspruch auf persönlichen Verkehr mit den Kindern hat (Art. 156 Abs. 2 i.V.m. Art. 273 ZGB), muss der Richter nach Art. 156 ZGB die nötigen Verfügungen über die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern treffen. Der Richter hat infolgedessen das Besuchsrecht dem Grundsatz und auch dem Umfange nach selbst zu ordnen.¹³⁾

Es empfiehlt sich dabei, eine klare Minimalregelung zu treffen, weil ein zu grosszügig bemessenes Besuchsrecht m.E. die elterliche Gewalt des betreffenden Elternteiles kaum festigen würde. Den Eltern soll es jedoch freistehen, eine solche Minimalregelung auf häufigere Besuche auszuweiten, immer unter der Voraussetzung, dass dies wirklich dem Willen beider Elternteile entspricht.

Gerade aber nach einer Scheidung sind die Parteien meistens nicht zu einer dahingehenden Vereinbarung bereit. Die Kinder sollen jedoch in solchen Fällen nicht über die Scheidung der Eltern hinaus belastet oder gar zum alleinigen Streitgegenstand werden. Alle Beteiligten sollen sich nach der Scheidung in ihrer neuen Lebens-

13) BGE 100 II 4 E. 1; 100 II 82; HINDERLING, S. 159.

situation zurechtfinden können. Dies gilt ganz speziell für die Kinder, was durch ein minimales Besuchsrecht unterstützt wird.

Auf die Einstellung des Kindes selbst, auch eines bald mündigen, zum Besuchsrecht kommt es grundsätzlich nicht an, weil das Urteil nicht über eine Verpflichtung des Kindes entscheidet.¹⁴⁾ Es ist in der heutigen Zeit jedoch nicht mehr angebracht, den Wünschen von Kindern, die beinahe erwachsen sind, bei der Regelung des Besuchsrechtes überhaupt nicht zu entsprechen. Eine minimale Regelung hat auch diesbezüglich m.E. nur Vorteile: Ein 16-jähriges Kind möchte z.B. seinen Vater überhaupt nicht mehr besuchen. Dieser hat jedoch ein ihm zustehendes Besuchsrecht, das er auch auszuüben gedenkt. Eine minimale Regelung bildet in diesem Fall den "goldenen Mittelweg", mit dem allen Betroffenen gedient ist. Umgekehrt wird der Inhaber der elterlichen Gewalt ein heute halbwüchsiges Kind nicht daran hindern können, den anderen Elternteil von sich aus öfter zu sehen, als es das Besuchsrecht vorsieht. Die minimale Regelung schadet in diesem Fall weder dem Kind, noch kann sie dem Inhaber der elterlichen Gewalt schaden.

Verfehlt sind m.E. Entscheidungen, in denen den Kindern die Befugnis eingeräumt wird, selbst über das Besuchsrecht zu entscheiden. Erstens sind die Kinder nicht Partei im Scheidungsprozess, und zweitens sollen die Eltern, die bis zur Scheidung gemeinsam zur Erziehung und Pflege der Kinder beigetragen haben, nicht allein den Entscheidungen

14) BGE 61 II 215 f.

der Kinder unterworfen sein. Zudem sind sich die Kinder, auch die bereits halbwüchsigen, der Tragweite der von ihnen zu treffenden Entscheidungen nicht bewusst und könnten durch momentane feindliche Neigungen das Verhältnis zum einen oder anderen Elternteil für lange Zeit oder gänzlich zerstören.

Aus diesen Gründen sollte m.E. bei jüngeren Kindern im konkreten Fall das Besuchsrecht vom Richter individuell geregelt werden. Sind halbwüchsige Kinder ab 16 Jahren vorhanden, sollte er sich immer auf ein Minimum beschränken, in der Meinung, das Kind könne nicht daran gehindert werden, über ein allfällig weitergehendes Besuchsrecht selbst zu entscheiden.

Gemäss BGE 100 II 4 f. darf der Richter die Festlegung des Besuchstages und der Besuchszeit, die Anordnung allfälliger Sicherheitsmassnahmen, um einen Missbrauch des Besuchsrechtes zu verhindern u.ä. der Vormundschaftsbehörde überlassen. Diese Regelung halte ich für unpraktisch. Die Vormundschaftsbehörde wird nicht umhin kommen, die Eltern zu einem Gespräch einzuladen, bei welchem sie nichts anderes erfahren wird, als der Richter nicht schon kennt. Im Interesse eines klaren und schnellen Entscheides - die Verzögerung des Verfahrens bedeutet für alle persönlich Betroffenen nur eine längere Belastung - ist deshalb dem alleinigen Entscheid des Richters der Vorzug zu geben. Allenfalls kann der Richter, ist er unsicher, immer noch einen Bericht z.B. des zuständigen Jugendsekretariates einholen.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an die Kosten des Unterhaltes und der Erziehung der Kinder monatliche Beiträge von Fr. ... zuzüglich allfälliger Kinderzulagen für jedes Kind zu bezahlen, zahlbar im

voraus je am Ersten eines jeden Monats von der Rechtskraft des Urteils an bis zum Eintritt des Kindes in dessen volle Erwerbsfähigkeit, längstens jedoch bis zur Mündigkeit.

Sind die Kinder noch jung, so ist für die Zukunft eine Abstufung der Beiträge vorzunehmen, weil die Kinder mit zunehmendem Alter in Bereichen wie z.B. Ausbildung, Kleidung, Hobbies, evtl. Ernährung, höhere Kosten verursachen.

Eine immer wieder kontroverse Frage zwischen den Scheidungsparteien ist, wie lange denn der Verpflichtete Beiträge an Unterhalt und Erziehung der Kinder auszurichten habe, und ob eine Verpflichtung über die Mündigkeit der Kinder hinaus ins Scheidungsdispositiv aufgenommen werden könne.

Alle jene Dispositive, die eine diesbezügliche Unterhaltspflicht über die Mündigkeit hinaus vorsehen, verstossen nach BGE 109 II 371 ff. gegen Bundesrecht: "Der obhutsberechtigten Elternteil kann im Scheidungsprozess, an welchem das Kind nicht als Partei teilnehmen kann, Kinderalimente in eigenem Namen geltend machen, solange ihm die elterliche Gewalt über seine Kinder zusteht".¹⁵⁾

Sobald aber Mündigkeit eintritt, entfällt diese Befugnis, und sie geht an den mündig Gewordenen über, der nunmehr selbst im Sinne des Art. 277 Abs. 2 tätig werden muss.¹⁶⁾

15) BGE 107 II 473; 109 II 373

16) HINDERLING, Zusatzband S. 111, A. 6; HEGNAUER, N 74 zu aArt. 272 ZGB

Wie verhält es sich, wenn ein bereits in Rechtskraft erwachsenes Scheidungsurteil, das einen definitiven Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 SchKG darstellt, eine Unterhaltspflicht des Verpflichteten über die Mündigkeit der Kinder hinaus vorsieht? Eine solche an und für sich rechtskräftige Bestimmung kann m.E. dem Verpflichteten nicht entgegengehalten werden. Sie ist nicht vollstreckbar. Ist das Kind nach seiner Mündigkeit noch auf Unterhaltsleistungen des im Scheidungsurteil Verpflichteten angewiesen, hat es m.E. losgelöst vom Scheidungsurteil von sich aus eine Unterhaltsklage gestützt auf Art. 277 Abs. 2 i.V.m. Art. 279 ZGB anzustrengen. Art. 156 Abs. 2 ZGB verweist zwar ganz allgemein auf die Art. 276 ff. ZGB. Art. 279 Abs. 3 ZGB behält seinerseits die Kompetenz des Richters nach den Bestimmungen über die Ehescheidung vor. Das bedeutet aber nicht, dass sich die Befugnis des Scheidungsrichters in jedem Fall auf Art. 277 Abs. 2 ZGB erstreckt.¹⁷⁾ Ausnahmen zu dieser Regelung sind bisher nur zugelassen worden, wenn sich der pflichtige Elternteil in einer Scheidungsvereinbarung verpflichtet hat, über das 20. Altersjahr seiner Kinder hinaus an deren Unterhalt beizutragen. Es sei seit jeher nach der Rechtsprechung der schweizerischen Gerichte zulässig, in einer Vereinbarung der in Scheidung stehenden Eltern die Unterhaltspflicht über die Mündigkeit der Kinder hinaus vorzusehen, sofern dies der Leistungsfähigkeit des Pflichtigen entspreche.¹⁸⁾

17) BGE 109 II 373 f.

18) BGE 107 II 472/474; HINDERLING, S. 162 A. 11; HEGNAUER, N 75 zu aArt. 272 ZGB; EGGER, N 19 zu Art. 156 ZGB; diese Ausnahme scheint mir ebenso problematisch, selbst wenn sich der Verpflichtete freiwillig einer solchen Vereinbarung unterzieht; erstens wird eine Scheidungsvereinbarung durch ihre Genehmigung ebenfalls in das Scheidungsurteil aufgenommen und zweitens hat das Kind auch bei

5. Die Vereinbarung der Parteien über die Scheidungs- und güterrechtlichen Nebenfolgen wird genehmigt.

Auf die Scheidungskonvention und deren Genehmigung wird noch ausführlich eingegangen werden.¹⁹⁾

Nach Art. 158 Ziff. 5 ZGB bedürften Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung zu ihrer Rechtsgültigkeit der Genehmigung durch den Richter. Das Gesetz regelt nicht näher, in welcher Form die Genehmigung zu erfolgen hat.

einer Vereinbarung zwischen den Eltern keine Parteilichkeit, die es ihm ermöglichte, auf Grund der Vereinbarung und damit des Scheidungsurteils seinen Anspruch durchzusetzen.

Der bisherige Inhaber der elterlichen Gewalt hat m.E. keine Befugnis, den Unterhaltsanspruch für das mündige Kind - weil zwischen ihm und dem mündigen Kind ein Abtretungsverhältnis bestehe - geltend zu machen. Der familienrechtliche Unterhaltsanspruch des ehelichen Kindes ist höchstpersönlicher Natur und daher der Abtretung nicht zugänglich (HEGNAUER, N 13 zu aArt. 272 ZGB; anderer Meinung BGE 107 II 474, wo der höchstpersönliche Anspruch nicht absolut verstanden wird).

Aus all den vorgenannten Gründen ist m.E. der neueste BGE der 2. Ziv.Abt. vom 23. Juni 1986, wo das Bger in Anlehnung an BGE 104 II 296 eine Ausnahme zur grundsätzlichen Regelung schuf, unrichtig: Der Scheidungsrichter könne dem Kinde über dessen Mündigkeit hinaus Unterhalt zusprechen, falls das unterhaltsberechtigte Kind kurz nach dem Scheidungsurteil volljährig werde oder seine Mündigkeit gar während des Verfahrens erlange. Es müsse sich ferner bereits in einer beruflichen Ausbildung befinden, und diese müsse sich offensichtlich über die Prozessdauer hinaus fortsetzen sowie zeitlich bestimmbar sein. Dieser BGE beantwortet die Fragen über die Vollstreckbarkeit eines solchen Urteils nicht. Ich halte nicht dafür, dass das mündige Kind ein solches Urteil in einem allfälligen Rechtsöffnungsverfahren als definitiven Vollstreckungstitel benützen kann. Zudem widerspricht das Bger der klaren Regelung des ZGB, das m.E. in Art. 277 Abs. 2 i.V.m. Art. 279 Abs. 1 keinen Raum für Ausnahmen lässt.

19) Vgl. hinten, B.

Es dürften indessen keine Zweifel darüber bestehen, dass sie in das Scheidungsurteil selber aufzunehmen ist.²⁰⁾ Eine blossе Vormerknahme der Vereinbarung genügt m.E. nicht. Ob die Scheidungsvereinbarung durch den Richter auf Zulässigkeit, Angemessenheit, Klarheit und Vollständigkeit geprüft worden ist, muss mit einem eindeutigen Kriterium entschieden werden können. Dieses ist die ausdrückliche Genehmigung und nicht die Vormerknahme.²¹⁾ Die Unterscheidung spielt insbesondere in Bezug auf die Vollstreckbarkeit eine Rolle. Eine Konvention über die Nebenfolgen der Scheidung, die zwar ins Scheidungsurteil aufgenommen, von der jedoch nur Vormerk genommen worden ist, kann m.E. keinen Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 SchKG bilden. Denn hat der Richter von der Vereinbarung im Urteil nur Vormerk genommen, kann nicht geschlossen werden, dass er sich mit dieser ausdrücklich einverstanden erklärt hat. Die Vereinbarung ist demnach mangels ausdrücklicher Genehmigung nicht zum rechtsgültigen Urteil erwachsen und damit auch nicht vollstreckbar.²²⁾

Falls keine Vereinbarung:

5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin monatliche Unterhaltsbeiträge gemäss Art. 151 Abs. 1 ZGB (Art. 152 ZGB) von Fr. ... zu bezahlen, zahlbar im voraus je am Ersten eines jeden Monats ab Rechtskraft des Scheidungsurteils für die Dauer von 5 Jahren.

20) EGGER, N 15 zu Art. 158 ZGB; HARTMANN, S. 40 f.

21) A.M. BGE 102 II 69 f., wo die "Vormerknahme" der getroffenen Regelung im Dispositiv ausgelegt wurde.

22) Ist von der Vereinbarung lediglich Vormerk genommen worden, kann sie gleichwohl auf dem Weg der Forderungsklage geltend gemacht werden (gl. M. ZR 77 (1978) Nr. 93).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Rente nach Art. 151 ZGB, die nur in Härtefällen abänderlich ist,²³⁾ grundsätzlich auf Lebenszeit geschuldet.²⁴⁾ Das Bundesgericht ist von dieser Praxis jedoch abgekommen, wenn triftige Gründe vorliegen, die nach Recht und Billigkeit im konkreten Fall eine Befristung als gerechtfertigt erscheinen lassen: Wesentlich für die Befristung einer Rente sei, ob der geschiedene Ehegatte durch die Scheidung lediglich einen vorübergehenden Nachteil erleide, der mit einer zeitlich beschränkten Rente behoben werden könne, oder ob sich seine Lebensverhältnisse durch die Eheschliessung tatsächlich und dauernd derart verändert haben, dass diesen Veränderungen nach der Scheidung nur mit einer dauernden Rente Rechnung getragen werden könne. Eine blosse Uebergangsrente sei nach der Praxis im allgemeinen vertretbar für einen berechtigten Ehegatten, der noch jung, gesund und voll arbeitsfähig oder kinderlos sei. Ferner könne von einer tatsächlichen und dauernden Veränderung der Lebensverhältnisse bei einem Ehegatten nicht gesprochen und damit von einer Dauer-Rente abgesehen werden, wenn er während der Ehe einem Arbeitserwerb nachgegangen sei oder angesichts der konkreten Verhältnisse früher oder später einem solchen hätte nachgehen müssen, und wenn er auch beim Fortbestand der Ehe nach den Umständen nicht hätte damit rechnen können, die Erwerbs-

23) BGE 110 II 114 E. 3. b)

24) BGE 97 II 10; 98 II 166; BUEHLER/SPUEHLER, N 53 zu Art. 151 ZGB

tätigkeit einmal aus freien Stücken aufgeben zu können.²⁵⁾ In neuesten Entscheiden hat das Bundesgericht bereits allgemeinere massgebliche Kriterien zur Frage der Befristung der Rente aufgestellt, wie die Dauer der Ehe, die Schwere des Verschuldens des pflichtigen Ehegatten, das Alter und den Gesundheitszustand des anspruchsberechtigten Ehegatten, seine Ausbildung, seine finanzielle Situation, die allgemeine Wirtschaftslage sowie die dem Gatten wieder offenstehende Möglichkeit, ganz oder teilweise einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Zudem müsse der Richter von Amtes wegen feststellen, ob die Beeinträchtigung des schuldlosen Ehegatten in Bezug auf Art. 151 Abs. 1 ZGB dauernd oder nur vorübergehend sei.²⁶⁾ Die Zusprennung einer Bedürftigkeitsrente im Sinne von Art. 152 ZGB ist mit Zurückhaltung vorzunehmen. Sie ist ausgeschlossen, wenn die grosse Bedürftigkeit des ansprechenden Ehegatten durch die Ausrichtung einer Entschädigungsrente im Sinne von Art. 151 Abs. 1 ZGB behoben werden kann.²⁷⁾ Eine kumulative Anwendung von Art. 151 und 152 ZGB erweckt ebenfalls Bedenken. Es ist der Grundsatz beizubehalten, dass der Rentenanspruch aus Art. 152 ZGB gegenüber demjenigen aus Art. 151 ZGB subsidiär ist.²⁸⁾

25) BGE 108 II 88

26) BGE 111 II 305 ff.; 110 II 226 f.; 109 II 289; BGE 110 II 226 f. ist m.E. unangemessen, hat doch die Ehe immerhin 16 Jahre gedauert, ist die Anspruchsberechtigte schon über 40 Jahre alt und verdient sie als Verkäuferin nur Fr. 19'200.-- brutto pro Jahr. Eine Begrenzung der Rentenleistung auf 10 Jahre - zumal da das Bger selber noch Bedenken anbringt - scheint mir zu kurz.

27) BGE 105 III 54; 90 II 74 f.; BUEHLER/SPUEHLER N 6 zu Art. 152 ZGB

28) BGE 108 II 83

6. Die Beiträge Ziff. 4 und 5 vorstehend sind indexgebunden. Sie folgen dem Landesindex der Konsumentenpreise und sind auf Jahresbeginn dem neuen Indexstand (Stand Ende November des Vorjahres) anzupassen, nach der Formel

Festgestellte Unterhaltsbeiträge x neuer Index

Index vom 1. ... (Monat des Urteils)

wenn und soweit auch das Einkommen des Beklagten eine Anpassung erfährt.²⁹⁾

7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin als Frauengut herauszugeben: ...

Variante: Zusatz: Er wird ferner verpflichtet, der Klägerin für fehlendes Frauengut Fr. ... zu bezahlen.

8. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin als Vorschlagsanteil Fr. ... zu bezahlen.

Ein Vorschlag wird den Ehegatten nach ihrem Güterstande zugewiesen, einen Rückschlag hat der Ehemann zu tragen, soweit er nicht nachweist, dass die Ehefrau ihn verursacht hat (Art. 154 Abs. 1 ZGB). Geschiedene Ehegatten haben zueinander kein gesetzliches Erbrecht und können aus Ehevertrag oder aus Verfügung von Todes wegen, die sie vor der Scheidung errichtet haben, keine Ansprüche erheben (Art. 154 Abs. 2 ZGB). Das heisst mit anderen Worten, dass eine durch Ehevertrag modifizierte Vorschlagsteilung bei der Auflösung der Ehe durch Scheidung keine Gültigkeit haben kann.³⁰⁾

29) Praxis des Oger des Kts. Zürich; weitere Indexklauseln MS, Zivil, 12.32

30) A.M. GMUER, N 10a und 21 zu Art. 154 ZGB; LEMP, N 6 zu Art. 181 ZGB und dortige Verweise.

Im neuen Eherecht, gültig ab 1. Januar 1988, gelten bei der Auflösung des Güterstandes durch Scheidung primär ebenfalls die gesetzlichen Bestimmungen (Art. 154 Abs. 1 ZGB). Erbrechtliche Ansprüche können die Ehegatten bei Scheidung auch im neuen Recht nicht geltend machen (Art. 154 Abs. 2 ZGB). Hingegen ist es ihnen möglich, die gesetzliche Beteiligung am Vorschlag auch mit Gültigkeit für die Auflösung der Ehe durch Scheidung zu ändern, wenn dies der Ehevertrag ausdrücklich vorsieht (Art. 217 ZGB).

9. Dem Beklagten wird die Eingehung einer neuen Ehe auf die Dauer von ... Jahren ab Rechtskraft des Urteils untersagt.

Nicht zu verwechseln ist dieses Eheverbot im Sinne von Art. 150 Abs. 1 ZGB mit der Wartefrist von 300 Tagen für Frauen im Sinne von Art. 103 ZGB, die nicht in das Dispositiv aufgenommen werden muss, weil sie von Gesetzes wegen Gültigkeit erlangt. Beweist die Frau durch ärztliches Attest, dass eine Schwangerschaft aus der geschiedenen Ehe ausgeschlossen ist, so kann der Einzelrichter im summarischen Verfahren die Wartefrist für die Eingehung einer neuen Ehe aufheben (Art. 103 Abs. 2 ZGB i.V.m. § 205 Ziff. 4 ZPO). Er kann jedoch auch eine im Sinne von Art. 150 ZGB ausgesprochene Wartefrist aufheben, wenn sich die geschiedenen Ehegatten wieder verheiraten (Art. 103 Abs. 3 und 104 Abs. 2 ZGB).

Eheverbote im Sinne von Art. 150 ZGB spricht der Richter nur dann aus, wenn die Ehe wegen Ehebruches geschieden oder wenn das Verschulden geprüft und einseitig zu Lasten des einen Ehegatten festgestellt worden ist. Die Tatsache, dass nur noch in wenigen Scheidungsfällen das Verschulden

abschliessend geprüft wird, oder einseitig bei einem Ehegatten liegt, bringt es mit sich, dass Eheverbote im Sinne von Art. 150 ZGB - wenn überhaupt - nur noch selten auszusprechen sind. Zudem entsprechen solche Eheverbote nicht mehr den heutigen Moralvorstellungen und passen daher nicht in die heutige Scheidungspraxis. Die Experten sind sich darüber einig, dass in einem neuen Scheidungsrecht diese Singularität des schweizerischen Rechts wegfallen muss: Ob es zu einer solchen "Strafwartefrist" komme oder nicht, hänge nämlich davon ab, was die Parteien dem Richter erzählen oder verschweigen; das Eheverbot könne durch Heirat im Ausland umgangen werden, führe zu Konkubinat und werde aus diesen Gründen von vielen Gerichten heute schon ignoriert.³¹⁾

10. Es wird vorgemerkt, dass der Beklagte mit der Weiterführung des ehelichen Namens ... durch die Klägerin einverstanden ist und er ein diesbezügliches Gesuch der Klägerin bei der zuständigen Behörde unterstützt.

Gemäss Art. 149 Abs. 1 ZGB nimmt die Ehefrau den Namen wieder an, den sie vor dem Abschluss der Ehe getragen hat. Möchte die geschiedene Ehefrau den ehelichen Namen weiterführen, so steht ihr der verwaltungsrechtliche Weg eines Gesuches um Namensänderung nach Art. 30 ZGB zur Verfügung. Für die Behandlung eines solchen Gesuches ist die Regierung des Wohnsitzkantones (Art. 30 Abs. 1 ZGB), im Kanton Zürich also der Regierungsrat (§ 44 Ziff. 11 EG zum ZGB), zuständig. Die Zustimmung des Ehemannes zur Weiterführung des ehelichen Namens entfaltet zwar gegen-

31) HINDERLING, Schriften, S. 121.

über Dritten und staatlichen Organen keine Rechtswirkung³²⁾, erleichtert der geschiedenen Frau jedoch das Namensänderungsgesuch, da die Zustimmung, die an sich nicht Voraussetzung zur Bewilligung der Namensänderung ist³³⁾, als wichtiger Grund im Sinne von Art. 30 ZGB angesehen werden kann. Als weitere wichtige Gründe können gelten:³⁴⁾ Die Uebertragung der elterlichen Gewalt über die Kinder an die Mutter, wenn sie mit ihr zusammenwohnen; das berufliche oder geschäftliche Interesse der geschiedenen Frau; die lange Dauer der Ehe.
Für die Namensführung der geschiedenen Ausländerin ist deren Heimatrecht massgebend:³⁵⁾

Weit einfacher scheint mir die Regelung des Art. 149 ZGB im neuen Eherecht zu sein: "Der Ehegatte, der seinen Namen geändert hat, behält den bei der Heirat erworbenen Familiennamen, sofern er nicht binnen sechs Monaten, nachdem das Urteil rechtskräftig geworden ist, gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklärt, dass er den angestammten Namen oder den Namen, den er vor der Heirat trug, wieder führen will."³⁶⁾

32) BUEHLER/SPUEHLER, N 8 zu Art. 149 ZGB mit den dortigen Verweisen

33) BUEHLER/SPUEHLER, N 24 zu Art. 149 ZGB mit den dortigen Verweisen

34) BGE 100 II 295 f.

35) VISCHER/VON PLANTA, S. 50 f.

36) Fassung gemäss BG vom 5. Oktober 1984 über die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht

11. Die Gerichtsgebühr beträgt

Fr.	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	Vorladungen
Fr.	Schreibgebühren
Fr.	Zustellungen und Porti
(Fr. _____)	vorbehalten für eine allfällige Begründung)
Fr.	

Die Gerichtsgebühr richtet sich nach der Verordnung über die Gerichtsgebühren vom 30. Juni 1976 des Obergerichtes des Kantons Zürich.

Gemäss § 5 dieser Verordnung beträgt die Gerichtsgebühr für ein Ehescheidungsverfahren je nach Aufwand in der Regel zwischen Fr. 100.-- und Fr. 3'000.--.

12. Die Kosten des Verfahrens werden (vereinbarungsgemäss) dem Beklagten auferlegt.

Variante: Die Kosten werden den Parteien vereinbarungsgemäss je zur Hälfte auferlegt.

13. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. ... auszurichten.

Variante: Es wird vorgemerkt, dass sich der Beklagte vereinbarungsgemäss verpflichtet hat, die Anwaltskosten beider Parteien zu übernehmen.

oder: Vom Verzicht beider Parteien auf Prozessentschädigung wird Vormerk genommen.

Die Höhe einer allfälligen Prozessentschädigung ist der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 22. Dezember 1976 des Obergerichtes des Kantons Zürich zu entnehmen. Gemäss § 4 Abs. 2 dieser Verordnung beträgt die Grundgebühr in Ehesachen, unter Berücksichtigung der Verantwortung, des notwendigen Zeitaufwandes und

der streitigen vermögensrechtlichen Ansprüche in der Regel Fr. 800.-- bis Fr. 10'000.--.

14. (Mündliche Eröffnung) und schriftliche Mitteilung an die Parteien und nach Eintritt der Rechtskraft im Dispositiv an die Zivilstandsämter (Trauungsort, Heimatorte, Wohnorte) und die Vormundschaftsbehörde (Wohnsitz der minderjährigen Kinder).
15. Dieses Urteil erwächst in Rechtskraft, sofern nicht eine der Parteien innert 10 Tagen von dessen Zustellung an gerechnet beim Bezirksgericht ... schriftlich eine Urteilsbegründung verlangt. Wird eine Begründung verlangt, so läuft den Parteien die Frist zur Erklärung der Berufung ab Zustellung des begründeten Entscheides.

Die Parteien können bereits bei der mündlichen Eröffnung des Urteils auf Begründung und auf Berufung verzichten, was zur Folge hat, dass sich die Gerichtsgebühr auf die Hälfte reduziert. In einem solchen Fall weist der Richter die Parteien darauf hin, dass das Urteil ab sofort rechtskräftig und die Ehe als geschieden zu betrachten ist.

Erfolgt ein solcher Verzicht der Parteien, ist an das Urteil folgender Rechtskraftsbeschluss anzuschliessen:

1. Vom Verzicht der Parteien auf schriftliche Urteilsbegründung sowie auf Berufung wird Vormerk genommen, und es ist das Urteil mit dem Verzicht rechtskräftig geworden.
2. (Mündliche Eröffnung) und schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.

III. Beachtung der Officialmaxime durch den Richter bei der Gestaltung des Scheidungsurteils

Gemäss Art. 158 Ziff. 1 ZGB hat der Richter sich von Amtes wegen von den scheidungsbegründenden Tatsachen zu überzeugen. Ist er von deren Vorhandensein nicht überzeugt, darf er die Ehe nicht scheiden. Parteierklärungen sind für den Richter daher nicht verbindlich (Art. 158 Ziff. 3 ZGB). Gilt demnach für scheidungsbegründende Tatsachen die Officialmaxime, so unterstehen scheidungsfeindliche Tatsachen der Verhandlungsmaxime, d.h. dass der Richter im Sinne der sog. "eingeschränkten Officialmaxime"³⁷⁾ nicht aktiv nach scheidungsfeindlichen Tatsachen sucht. Gleichwohl hat der Richter immer nach dem Grundsatz "in favorem matrimonii" zu entscheiden.

Eigentliche "Konventionalscheidungen", d.h. Scheidungen allein auf Grund von übereinstimmenden Parteianträgen, gibt es daher im schweizerischen Recht nicht. Es genügt nicht, die Scheidung einfach übereinstimmend zu wollen, sondern die Parteien müssen zur Ueberzeugung des Richters dartun, dass ein scheidungsbegründender Sachverhalt, unter den der Richter einen im Gesetz genannten Scheidungsgrund subsumieren kann, vorliegt. Können sie das nicht, so darf der Richter die Ehe nicht scheiden. Nicht selten kommt es in der Praxis vor, dass die Parteien - vor allem wenn sie ohne Rechtsvertreter vor den Schranken erscheinen - sich sehr unbeholfen verhalten und der Richter aufgrund ihrer Vorträge nicht ersehen kann, dass tatsächlich ein schei-

37) WALDER, S. 220; die Officialmaxime bleibt auf scheidungsbegründende Tatsachen beschränkt

dungsbegründender Sachverhalt vorliegt. Es ist dann Aufgabe des Richters, in der obligatorischen persönlichen Befragung der Parteien deren ehelichen Verhältnissen auf den Grund zu gehen. Vielfach erfährt er erst dabei, dass die Ehe unheilbar zerrüttet ist.

Ich wage zu behaupten, dass die Offizialmaxime in der heutigen Praxis nicht mehr bis zur letzten Konsequenz befolgt werden kann. Die Gerichte im Kanton Zürich unterstehen einer anhaltend grossen Arbeitsbelastung, die sie zwingt, knapp bemessene Zeitpläne für die Verhandlungen einzuhalten. Haben die Parteien ihre scheidungs- und güterrechtlichen Nebenfolgen in einer Konvention vereinbart, so können sie grundsätzlich damit rechnen, dass sie bereits nach einer ca. halbstündigen Hauptverhandlung vom Richter geschieden werden. Ob nun eine Ehe wirklich zerrüttet ist, kann und muss m.E. in dieser Zeit gar nicht mehr festgestellt werden. Denn wollen sich die Parteien wirklich scheiden lassen - selbst wenn sie eigentlich keine wirklich scheidungsbegründenden Tatsachen nennen können - wird es für die Parteien ein leichtes sein, den für die Scheidung notwendigen Sachverhalt vor der Verhandlung miteinander abzusprechen. Es ist deshalb m.E. nicht die Offizialmaxime, die eine Scheidungsschranke darstellt, sondern es sind andere, nicht im rechtlichen, sondern im menschlichen Bereich zu suchende Gründe, die viele Eheleute dazu veranlassen, von einer Scheidung Abstand zu nehmen, obwohl sie oft, manchmal während Jahren eine Scheidung in Betracht ziehen. Solche Gründe sind z.B. Rücksicht auf die Kinder, Angst vor finanzieller Schlechterstellung nach der Scheidung, Angst, alleine zu sein, Religion etc.

Von Bedeutung in diesem Zusammenhang ist ferner, dass der zur Scheidung zustimmende Ehegatte an diese Zustimmung nicht gebunden ist. Ein zum voraus erklärter Verzicht auf die Weiterführung der Ehe verstiesse gegen das Persönlichkeitsrecht im Sinne von Art. 27 ZGB. Ein Vertrag über die Scheidung selbst verstiesse gegen Moral und Sitte und damit gegen Art. 20 OR und wäre nichtig.

Von Gesetzes wegen zu schützen sind die Belange der Kinder. Im Interesse des Kindeswohles hat der Richter von Amtes wegen mit seinem Entscheid gestützt auf Art. 156 ZGB dafür zu sorgen, dass die Kinder nach der Scheidung in erzieherischer wie wirtschaftlicher Hinsicht geeignet versorgt sind.³⁸⁾

Eine Verständigung der Parteien betreffend die Kinderbelange kann die Entscheidung des Richters jedoch regelmässig beeinflussen.³⁹⁾

Die Unverbindlichkeit der Parteierklärungen gilt nur in den dargestellten Bereichen der bundesrechtlichen Offizialmaxime. Für die vermögens- und güterrechtlichen Nebenfolgen stehen die Privatinteressen im Vordergrund und es gilt im Rahmen von Recht und Sitte Vertrags- und Dispositionsfreiheit.⁴⁰⁾ Bundesrechtlich ist hier also nur

38) STRAEULI/MESSMER, N 35 zu § 202 ZPO

39) BUEHLER/SPUEHLER, N 195 zu Art. 158 ZGB

40) So im Kt. Zürich, § 54 Abs. 2 ZPO (STRAEULI/MESSMER, N 31 zu § 202 ZPO; WALDER, Offizialmaxime, S. 34); wobei es den Kantonen freigestellt ist, die wirtschaftliche Auseinandersetzung der Offizialmaxime zu unterstellen (BUEHLER/SPUEHLER, N 45 zu Art. 158 ZGB); Dispositionsfreiheit heisst hier, dass der Richter grundsätzlich an die Parteianträge gebunden ist und einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen darf, als diese selbst verlangt, noch weniger als der Prozessgegner anerkannt hat (MURBACH, S. 44 f.; BRANDENBERGER, S. 47).

auf Parteiantrag zu entscheiden. Allerdings haben wegen der besonderen psychologischen Situation des Scheidungsverfahrens Fragerecht- und Fragepflicht des Richters eine grössere Bedeutung, als z.B. in einem gewöhnlichen Forderungsprozess.⁴¹⁾

41) STRAEULI/MESSMER, N 6 zu § 55 ZPO

B. Scheidungsurteil und Scheidungskonvention

I. Die Scheidungskonvention im allgemeinen

1. Rechtsnatur und Bedeutung

Bei der Scheidungskonvention handelt es sich um eine Vereinbarung oder Uebereinkunft, welche die Ehegatten persönlich getroffen haben.⁴²⁾ Die Scheidungskonvention ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft und kommt daher durch die übereinstimmenden Willenserklärungen der Ehegatten im Sinne von Art. 1 OR zustande. In dieser Hinsicht kann mit Fug behauptet werden, die Scheidungskonvention sei ein privatrechtlicher Vertrag.⁴³⁾ Die Rechtsnatur der Scheidungskonvention ist jedoch in der Lehre sehr umstritten. Einige Meinungen seien deshalb aufgezählt: Die Scheidungskonvention sei ein Vertrag privatrechtlicher Natur mit prozessualen Merkmalen⁴⁴⁾, oder vor der Genehmigung ein privatrechtlicher Vertrag, danach Bestandteil des Scheidungsurteils⁴⁵⁾ oder ein Vertrag ja, aber nur beschränkt auf die der freien Verfügung der Parteien unterliegenden Nebenfolgen.⁴⁶⁾ Eine weitere Ansicht bezeichnet die Scheidungskonvention als gerichtlichen Vergleich⁴⁷⁾, noch eine weitere als bedingten gerichtlichen Vergleich - ausser für Abmachungen über Kinderzuteilung, Besuchsrecht und Kindesalimente, die nicht unter den Begriff des Vergleiches fielen - wobei durch die Genehmigung des

42) Ueber die Subjekte der Scheidungskonvention vgl. hinten, 2.

43) EGGER, N 12 ff. zu Art. 158 ZGB

44) HARTMANN, S. 13

45) MURBACH, S. 35

46) HINDERLING, S. 186 f.

47) GULDENER, S. 396; STUDER, S. 151 ff.; WALDER, Prozesserledigung, S. 155 f.

Richters die Konvention ihren rechtsgeschäftlichen Charakter nicht verliere.⁴⁸⁾

Bei der nicht genehmigten Scheidungskonvention kann man m.E. davon ausgehen, dass eine Art privatrechtlicher Vertrag vorliegt, der jedoch nur in Bezug auf die vermögensrechtlichen Nebenfolgen und nur ab rechtskräftig ausgesprochener Scheidung Wirkungen entfaltet. Nach der Genehmigung wird die in der Konvention getroffene Regelung zum Rechtsöffnungstitel, und zwar zum definitiven im Sinne von Art. 80 SchKG, da sie zum Bestandteil des Scheidungsurteils geworden ist.⁴⁹⁾ Wird die Scheidungskonvention vor der Genehmigung als privatrechtlicher Vertrag betrachtet, so sind die Parteien an deren Einhaltung gebunden, wie sie an einen privatrechtlichen Vertrag auch gebunden sind. Allerdings kann m.E. diese Bindung wie erwähnt nur beschränkt in Bezug auf die der freien Disposition der Parteien unterstehenden vermögensrechtlichen Nebenfolgen bestehen.⁵⁰⁾ So sind denn Vereinbarungen in Bezug auf die Zuteilung der elterlichen Gewalt über die Kinder und den Unterhalt der Kinder lediglich als übereinstimmende Anträge der Parteien an den Richter zu verstehen. Es ist nicht einzusehen, warum die Parteien bereits vor der Genehmigung an solche Anträge gegenseitig gebunden sein sollten, wenn diese erstens wegen der Offizialmaxime für den Richter unverbindlich sind, und es zweitens⁵¹⁾ den Parteien freisteht, statt die Genehmigung dem Richter auch

48) STAEHELIN, S. 286, 288 f.

49) Vgl. vorne, A. II. 5.

50) Gl. M. STAEHELIN, S. 292

51) A. M. BUEHLER/SPUEHLER, N 150 zu Art. 158 ZGB

die Nichtgenehmigung der Scheidungskonvention zu beantragen.⁵²⁾

In jenem Umfang, wie die Scheidungskonvention von mir vorne als privatrechtlicher Vertrag bezeichnet wird, an den die Parteien gebunden sind, kann man m.E. auch die Ansicht vertreten, die Scheidungskonvention sei ein gerichtlicher Vergleich. In Bezug auf die vermögensrechtlichen Nebenfolgen ist der Richter, wie bereits mehrfach erwähnt, im Rahmen seines Fragerechtes und seiner Fragepflicht an die Parteianträge gebunden, wie er das im gewöhnlichen Forderungsprozess auch ist. Vergleichen sich die Parteien im Forderungsprozess, so bildet dieser Vergleich die Grundlage des Entscheides. Mit der Scheidungskonvention vergleichen sich die Parteien in Bezug auf die vermögensrechtlichen Nebenfolgen ebenfalls. Materiell besteht zwischen den genannten Vergleichen kein Unterschied, formell jedoch schon. Im Forderungsprozess ergeht zufolge des Vergleiches ein Abschreibungsbeschluss, im Ehescheidungsprozess wird die Konvention durch ihre Genehmigung ins Urteil aufgenommen. Die Konvention kann also - und allein hinsichtlich der vermögensrechtlichen Nebenfolgen - präzisierend lediglich als eine Art Vergleich bezeichnet werden. Dass die nicht der Disposition der Parteien, sondern der Offizialmaxime unterstehenden Belange der Kinder weder privatrechtlicher Vertrag noch Vergleich sein können, erhellt ferner daraus, dass die Zuteilung der elterlichen Gewalt und der Unterhalt der Kinder im Rahmen der Offizialmaxime als selbständige

52) HINDERLING, S. 187; BGE 99 II 362; gl. M. WALDER, S. 221

Bestimmungen ins Scheidungsdispositiv aufzunehmen sind und nicht unter den im Scheidungsurteil zu genehmigenden Teil der Scheidungskonvention fallen.⁵³⁾

Die Scheidungskonvention ist in der Praxis von sehr grosser Bedeutung. Bei einer Mehrzahl der Scheidungen kommt es zu einer mindestens teilweise gütlichen Einigung über die Nebenfolgen.⁵⁴⁾ Die Gründe dafür sind augenfällig: Die einen Parteien wollen sich ein langes, nervenaufreibendes und vor allem kostspieliges Scheidungsverfahren ersparen, die andern wollen sich damit auch nach der Scheidung wenigstens noch ein korrektes gegenseitiges Einvernehmen sichern.

2. Subjekte der Scheidungskonvention

Vertragsparteien sind normalerweise, wie bereits erwähnt, die Ehegatten. Ist jedoch die eine Partei nicht voll handlungsfähig, so bedarf die Scheidungskonvention der Mitwirkung eines Beirates und der Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde (Art. 395 Abs. 1 Ziff. 1 und Art. 421 Ziff. 8 ZGB).

3. Begriff der Nebenfolgen

Unter den Begriff der Nebenfolgen fallen m.E. im weitesten Sinne alle jene Regelungen, die vom Richter nebst der Scheidung zu treffen sind. Dazu gehören Unterhaltsansprüche der Ehegatten und der Kinder, die Kinderzu-

53) WALDER, Prozesserledigung, S. 155 N 27

54) STAEHELIN, S. 281

teilung, das Besuchsrecht, die güterrechtliche Auseinandersetzung, aber auch Kosten- und Entschädigungsfolgen des Scheidungsverfahrens, sowie eventuell die Zustimmung des Ehemannes zu einem Gesuch der Ehefrau, den ehelichen Namen weiterzuführen.⁵⁵⁾

Schliessen die Parteien über die Nebenfolgen eine Scheidungskonvention, ist m.E. zu unterscheiden zwischen den Nebenfolgen, die der freien Disposition der Parteien unterstehen und im Scheidungsurteil genehmigt werden und denjenigen Nebenfolgen, die der Richter von Amtes wegen zu prüfen hat und als selbständige Bestimmungen ins Scheidungsdispositiv aufnimmt, wie z.B. die Kinderbelange. Genehmigt werden die scheidungs- und güterrechtlichen Nebenfolgen. Gemeint sind damit die Unterhaltsansprüche der Ehegatten als scheidungsrechtliche sowie die güterrechtliche Auseinandersetzung der Ehegatten als güterrechtliche Nebenfolgen. Kosten- und Entschädigungsfolgen bilden im weitesten Sinne eine dritte Gruppe der Nebenfolgen.

II. Die Genehmigung der Scheidungskonvention

Von der Genehmigung der Scheidungskonvention war schon mehrfach die Rede. In Anbetracht der grossen Bedeutung, welche die Scheidungskonvention und deren Genehmigung im Scheidungsprozess bzw. im Nachverfahren dazu einnehmen, soll sie noch etwas genauer behandelt werden.

55) Wobei eine solche Zustimmung nicht zwingend ins Dispositiv aufgenommen werden muss.

1. Zweck

Im Vordergrund der Genehmigungspflicht liegt der Schutzgedanke. Geschützt werden der einzelne Ehegatte, aber auch von der Konvention betroffene Dritte, wie z.B. die Kinder. Gewahrt werden ferner durch die Genehmigungspflicht öffentliche Interessen, wie z.B. das Interesse der Fürsorgebehörde, die wenn notwendig Fürsorgeleistungen für die Kinder an den Inhaber der elterlichen Gewalt ausrichtet.⁵⁶⁾

Gerade im Scheidungsverfahren, in dem sich die Parteien in einer besonderen psychologischen Situation befinden, ist insbesondere der Schutz derjenigen Partei angebracht, die zu Zugeständnissen gezwungen werden kann, welche als unangemessen oder unbillig erscheinen.⁵⁷⁾ Die Uebervorteilung einer geschäftlich und rechtlich unerfahrenen Partei soll durch die Genehmigung der Konvention verhindert werden.⁵⁸⁾ Verzichtet die Ehefrau auf jegliche Unterhaltsansprüche gegen den Ehemann, so darf ein solcher Verzicht m.E. vom Richter nicht einfach akzeptiert werden. Denn mit dem Verzicht auf eine Unterhaltsrente verzichtet die Ehefrau auch auf eine allfällige Witwenrente (Art. 23 Abs. 2 AHVG). Da der Ehemann im Scheidungsurteil zu Unterhaltsleistungen an die Ehefrau verpflichtet werden muss, wenn diese bei einem allfälligen Tod des Ehemannes eine Witwenrente beanspruchen möchte, kommt m.E. der Fragepflicht des Richters in einem solchen Fall sehr grosse Bedeutung zu. Es besteht durchaus z.B. die Möglichkeit,

56) HARTMANN, S. 36

57) STAEHELIN, S. 283

58) HARTMANN, S. 36

dass eine Frau - unter der Angst, die elterliche Gewalt über die Kinder nicht zugewiesen zu erhalten - auf eine Rente zu verzichten bereit ist mit dem Entgegenkommen des Ehemannes, sich mit der Zuteilung der elterlichen Gewalt über die Kinder an die Ehefrau einverstanden zu erklären. Der Richter hat vorliegend fragend einzugreifen und, wenn vordringlich, der Ehefrau abweichend vom Antrag der Parteien eine Rente zuzusprechen.

2. Rechtsnatur

Die Genehmigung der Scheidungskonvention über die Nebenfolgen ist Konstitutiverfordernis. Bei Nichtgenehmigung können aus einer Konvention keine Rechte abgeleitet werden.⁵⁹⁾ Wie bereits erwähnt, verlieren Scheidungskonventionen durch die richterliche Genehmigung ihren vertraglichen Charakter und werden zum Bestandteil des Scheidungsurteils.⁶⁰⁾ Eine scheidungsrechtliche Rente im Sinne von Art. 151 Abs. 1 ZGB z.B. hat somit ihre Rechtsgrundlage im Scheidungsurteil und nicht im Parteiwillen, selbst wenn sie in einer Scheidungskonvention vereinbart worden ist.⁶¹⁾ Dies wirkt sich vor allem im Vollstreckungsverfahren aus, wo die genehmigte Scheidungskonvention einen definitiven Rechtsöffnungstitel darstellt.⁶²⁾

59) Vgl. vorne, I. 1.; EGGER, N 16 zu Art. 158 ZGB, STEUP, S. 45; HINDERLING, S. 185

60) Vgl. vorne, I. 1.

61) BGE 101 II 19

62) Vgl. vorne, I. 1.

3. Zuständigkeit

Zuständig für die Genehmigung der Scheidungskonvention ist der Scheidungsrichter. Dies erhellt schon daraus, dass die Nebenfolgen grundsätzlich im Scheidungsurteil selbst zu ordnen sind. Dieses lässt eine Abtrennung der Nebenfolgen nicht zu hinsichtlich der Elternrechte und der Rentenansprüche der Ehegatten, wohl aber für die güterrechtliche Auseinandersetzung, soweit die Ordnung der übrigen Nebenfolgen nicht davon abhängt.⁶³⁾

4. Genehmigungspflicht

Gemäss Art. 158 Ziff. 5 ZGB besteht eine Genehmigungspflicht kraft Gesetzes. Die Genehmigung ist zu verweigern, wenn sich die Konvention als rechtlich nicht zulässig, als nicht genügend klar oder als nicht sachlich angemessen erscheint.⁶⁴⁾

Der richterlichen Genehmigung unterliegen in analoger Anwendung grundsätzlich auch Vereinbarungen der Parteien im Abänderungsverfahren.⁶⁵⁾ Die neuere Zürcher Praxis hat festgestellt, Vereinbarungen im Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils, welche nicht die Elternrechte, sondern nur Vermögensleistungen des einen an den andern Ehegatten betreffen, bedürften nicht der richter-

63) STRAEULI/MESSMER, N 20 zu § 202 ZPO; BGE 98 II 345; HINDERLING, S. 224

64) BGE 102 II 68; EGGER, N 14 zu Art. 158 ZGB; HINDERLING, S. 185

65) FREY, S. 187 f.; vgl. hinten, § 5. D I. 2. und II.

lichen Genehmigung.⁶⁶⁾ Diese Praxis ist nur dann unbedenklich, wenn die Vereinbarung nicht die eine Partei unverhältnismässig stark belastet und die andere im gleichen Masse stark begünstigt. Bereits im Scheidungsverfahren selbst unterstehen zwar die vermögensrechtlichen Nebenfolgen der freien Disposition der Parteien mit der Einschränkung, dass der Richter durch seine Fragepflicht und durch sein Fragerecht die von den Parteien getroffene Regelung auf ihre Angemessenheit überprüfen sollte. Nicht anders sollte dies m.E. im Abänderungsverfahren vor sich gehen. Der Richter hat nach wie vor, wenn er es für notwendig hält, von seinem Fragerecht Gebrauch zu machen. Die nicht bewiesene Tatsache, dass nach der Scheidung der Parteien eine Ausnützung der einen Partei durch die andere auf Grund der ehelichen Bindung nicht mehr befürchtet werden müsse, genügt m.E. nicht, das Abänderungsverfahren in einem solchen Falle vorbehaltlos als durch Vergleich erledigt abzuschreiben. Ist der Vergleich bzw. die Vereinbarung offensichtlich unangemessen zulasten der einen oder andern Partei ausgestaltet, so darf der Richter m.E. das Abänderungsverfahren nicht als durch Vergleich erledigt abschreiben. Es gilt zu beachten, dass die besondere psychologische Situation, in der sich die Parteien befinden, auch noch nach der Scheidung über Jahre hinweg andauern kann. Es geht deshalb m.E. nicht an, einen Abänderungsprozess - selbst wenn es "nur" um die vermögensrechtlichen Nebenfolgen geht - wie einen gewöhnlichen Forderungsprozess zu behandeln und als durch Vergleich erledigt abzuschreiben. Gleichwohl stehe ich

66) ZR 77 (1978) Nr. 93

einer Vereinfachung eines so gelagerten Verfahrens nicht entgegen. Anstatt aber die Genehmigungspflicht des Richters aufzuheben, wäre dem Schutz der Parteien mit der Pflicht des Richters zur summarischen Ueberprüfung der Konvention Genüge getan. Der Richter hätte also mit seiner Fragepflicht nicht so umfassend zu sein, wie im Scheidungsverfahren, sein Ermessensspielraum wäre grösser.

Der richterlichen Genehmigung unterliegen ebenso Vereinbarungen im Verfahren betreffend Ergänzung von Scheidungsurteilen.⁶⁷⁾

Wie verhält es sich aber mit einer Konvention über die Vermögensleistungen, die von den Parteien vor der Scheidung abgeschlossen worden ist, dem Richter jedoch nie zur Kenntnis gebracht wurde und auch nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils von den Parteien immer noch befolgt wird? HINDERLING und STEUP⁶⁸⁾ sprechen einer solchen Vereinbarung die Rechtswirksamkeit nicht ab. Nach ihnen wird sie rechtswirksam, wenn die Parteien die Vereinbarung nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils bestätigen. M.E. ist eine solche Vereinbarung nur bedingt rechtswirksam. Es liegt zwar grundsätzlich ein provisorischer Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 SchKG vor, der jedoch mit der Einrede, die Vereinbarung sei nie genehmigt worden, es habe die im Scheidungsdispositiv getroffene Regelung zu gelten, m.E. ohne weiteres entkräftet werden kann.⁶⁹⁾

67) STRAEULI/MESSMER, N 32 und 40 zu § 196 ZPO; KEHL/KEHL II, Nr. 880; vgl. hinten, § 6. D. II.

68) HINDERLING, S. 188; STEUP, S. 48

69) Vgl. dazu vorne, II. 2.

Dass Vereinbarungen betreffend die Elternrechte in jedem Verfahren genehmigt werden müssen, scheint mir im Interesse des Kindeswohles angebracht.⁷⁰⁾

5. Teilweise Genehmigung

Kann eine Scheidungskonvention nicht als Ganzes genehmigt werden, stellt sich die Frage der teilweisen Genehmigung. Eine teilweise Genehmigung wird in der herrschenden Lehre bejaht: Die Voraussetzungen einer solchen teilweisen Genehmigung richten sich nach Art. 20 Abs. 2 OR.⁷¹⁾

Der genehmigte Teil der Scheidungskonvention findet dann Aufnahme im Scheidungsurteil, seinem Wortlaut nach im sog. "Rahmen" oder in einem Anhang zum Scheidungsdispositiv und durch die Genehmigungsklausel im Scheidungsdispositiv selbst.⁷²⁾

6. Anfechtung der Scheidungskonvention

Im Kanton Zürich hat die Anfechtung der rechtskräftig genehmigten Scheidungskonvention über die Revision zu erfolgen (§ 293 ZPO). WALDER führte dazu noch zur alten Zivilprozessordnung treffend aus: ... darin, dass hierfür die dreissigtägige Frist von § 352 ZPO⁷³⁾ vorgeschrieben sei, liege keine Verletzung von Art. 31 OR vor, weil die

70) Ueber die Kompetenzen der Vormundschaftsbehörde in diesem Zusammenhang vgl. hinten, § 5. E. I. 2. und G. II. 2.

71) EGGER, N 15 zu Art. 158 ZGB; HARTMANN, S. 42; HINDERLING, S. 186 A. 12; STAEHELIN, S. 289

72) Vgl. vorne, § 3. A. I. und II. 5.

73) Gemäss geltender ZPO vom 13. Juni 1976 § 295 ZPO mit 90-tägiger Frist

Geltung kantonalrechtlicher prozessualer Fristen durch das Bundesrecht nicht ausgeschlossen werden wollte. Diese anerkannte Regelung stütze sich auf den engen Zusammenhang zwischen Scheidungskonvention und Scheidungsverfahren, demzufolge angenommen werde, dass eine Anfechtung der im Urteil genehmigten Vereinbarung einer Aenderung des Urteils gleichkomme und daher nur auf dem Wege erfolgen könne, der in der Prozessordnung für die Aenderung des Urteils vorgesehen sei.⁷⁴⁾

Soweit einer Scheidungsvereinbarung nur die Bedeutung übereinstimmender Parteianträge zukommt, wie z.B. in Bezug auf Zuteilung der elterlichen Gewalt über die Kinder, kann der Nachweis eines Willensmangels im Sinne von § 293 Abs. 2 ZPO nicht zur Aufhebung des Urteils führen, wenn die neu entdeckte Tatsache für den Entscheid des Gerichts ohne Belang ist.⁷⁵⁾

Scheidungskonventionen, die zwar genehmigt, jedoch zusammen mit dem Urteil noch nicht in Rechtskraft erwachsen sind, können ferner durch den ordentlichen Rechtsmittelweg, d.h. durch Berufung gegen das Urteilsdispositiv wegen zivilrechtlicher Ungültigkeit oder wegen offenkundiger Unangemessenheit angefochten werden.⁷⁶⁾

74) WALDER, Prozesserledigung, S. 159 f.

75) STRAEULI/MESSMER, N 9 zu § 293 ZPO; RUST, S. 156

76) STRAEULI/MESSMER, N 18 zu § 51

III. Fehlerquellen im Zusammenhang mit der Scheidungskonvention

Wie schon kurz ausgeführt, hat der Richter die Scheidungskonvention auf rechtliche Zulässigkeit, Angemessenheit, Klarheit und Vollständigkeit zu überprüfen, damit er sie genehmigen darf. Selbstverständlich hat er dabei auch in den vorgeschriebenen Fällen die Officialmaxime zu beachten. Kommt der Richter diesen Ueberprüfungspflichten nicht nach und genehmigt er die Konvention trotzdem, so leidet die genehmigte Konvention an einem Mangel, der gegebenenfalls in einem Erläuterungs- oder Ergänzungsverfahren zu beheben ist. In Frage kommt jedoch auch die Anfechtung der Konvention zusammen mit dem Scheidungsurteil.

1. Nichtbeachtung der Zulässigkeit

Unter der rechtlichen Zulässigkeit ist das Einhalten der im Gesetz vorhandenen scheidungsrechtlichen Vorschriften zu verstehen. Die Scheidungskonvention darf daher insbesondere das Scheidungsrecht nicht umgehen.⁷⁷⁾ Sie darf aber auch nicht die allgemeinen Vorschriften des Privatrechts verletzen.⁷⁸⁾ In Frage kommen dabei eine Verletzung von Art. 20 Abs. 1 OR oder des Persönlichkeitsrechtes im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB.⁷⁹⁾ Zudem sind öffentlich-rechtliche Bestimmungen zu beachten, wie zum Beispiel jene des Sozialversicherungsrechtes.⁸⁰⁾

77) EGGER, N 14 zu Art. 158 ZGB

78) HARTMANN, S. 39 f.

79) HINDERLING, S. 186

80) ZR 76 (1977) Nr. 12

Beispiele:

Allgemein anerkannt ist, dass eine Vereinbarung über die religiöse Erziehung der Kinder unzulässig ist.⁸¹⁾

Unzulässig ist m.E. eine Vereinbarung über den Ausschluss des Abänderungsverfahrens zuungunsten des zu Unterhaltsleistungen Verpflichteten, da dies einen Ausschluss des Rechtsweges bedeutet.

Unzulässig ist die Vereinbarung, die eine Aufteilung der Ehepaar-Altersrente vorsieht, obwohl nach der Scheidung beiden Parteien eine einfache Altersrente ausbezahlt wird.⁸²⁾

2. Nichtbeachtung der Angemessenheit

An dieser Stelle sei nochmals erwähnt, dass auf Grund der besonderen psychologischen Situation im Scheidungsverfahren die Möglichkeit besteht, dass die eine Partei durch Ausnützung der besonderen Lage die andere zu einer bestimmten Lösung zwingt. In einem solchen Falle darf der Richter auch nicht eine Vereinbarung nur über die Vermögensleistungen zwischen den Parteien genehmigen, obwohl die vermögensrechtlichen Nebenfolgen grundsätzlich der freien Disposition der Parteien unterstehen.⁸³⁾ Erst recht einer genaueren Ueberprüfung durch den Richter bedarf es bei den Kinderbelangen. Ferner besteht bei der Parteiregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen eben-

81) HINDERLING, S. 184; STAEHELIN, S. 284

82) ZR 76 (1977) Nr. 12

83) Vgl. im weiteren zu diesem Problemkreis BGE 93 II 158; 99 II 362; 102 II 68

falls die Gefahr unangemessener Zugeständnisse.⁸⁴⁾ Eine solche Vereinbarung muss vom Richter ebenfalls beachtet werden, gehören doch die Kosten- und Entschädigungsfolgen m.E. im weitesten Sinne auch zu den Nebenfolgen.

3. Nichtbeachtung der Klarheit

Unklar ist eine Scheidungskonvention dann, wenn eine oder mehrere ihrer Bestimmungen mehrdeutig oder für den Richter überhaupt nicht verständlich sind. In einem solchen Falle hat der Richter m.E. durch Befragung der Parteien Klarheit herzustellen und die Vereinbarung, sofern es der Wille der Parteien ist, in einem klaren Sinne zu formulieren. Das Einverständnis der Parteien zu einer vor den Schranken umformulierten Konvention ist im Protokoll aufzunehmen. Mehrdeutig ist eine Konventionsbestimmung z.B. dann, wenn aus dieser nicht zum Ausdruck kommt, ob der Verpflichtete an den Berechtigten eine Rente nach Art. 151 Abs. 1 ZGB oder nach Art. 152 ZGB auszurichten hat.

4. Nichtbeachtung der Vollständigkeit

Unvollständig ist die Vereinbarung dann, wenn sie eine Lücke aufweist. Ist die Lücke von den Parteien gewollt, so ist es Aufgabe des Richters, diese mit seinem Entscheid, also durch das Urteilsdispositiv, zu schliessen. Wie

84) STAEHELIN, S. 282 f.; insbesondere hat der Richter die auf eine Rente verzichtende Ehegattin auf den dadurch bedingten Verlust einer Witwenrente aufmerksam zu machen. Ganz allgemein darf die Scheidungskonvention die zwingende AHV-Gesetzgebung nicht verletzen (Art. 21 ff. AHVG); ZR 76 (1977) Nr. 12

verhält es sich aber, wenn die Parteien eine Vereinbarung treffen, die von ihnen nicht beachtete und demnach ungewollte Lücken aufweist? M.E. hat in einem solchen Fall der Richter - bevor er ohne weitere Abklärungen der Vereinbarung die Genehmigung abspricht - wiederum durch Befragung der Parteien diesen die Möglichkeit zu geben, die Vereinbarung vor den Schranken zu vervollständigen.

Genehmigt der Richter jedoch die lückenhafte Vereinbarung, so kann es leicht zu einem nachträglichen Ergänzungsverfahren kommen.⁸⁵⁾

Unvollständig ist die Vereinbarung m.E. z.B. dann, wenn sie sich bei den Unterhaltsleistungen nicht über die Dauer der Rentenleistung ausspricht.⁸⁶⁾

5. Nichtbeachtung der Prozessmaximen

Der Richter hat bei der Genehmigung der Scheidungskonvention bzw. bei der Ueberprüfung auf rechtliche Zulässigkeit, Angemessenheit, Klarheit und Vollständigkeit die Prozessmaximen zu beachten. So hat er in Anbetracht der Freiheit der Parteien, über die vermögensrechtlichen Nebenfolgen selbständig zu disponieren, eine dahingehende Vereinbarung zu genehmigen, wenn nicht zwingende Gründe dagegen sprechen, wie z.B. die Ausnützung der einen Partei

85) Vgl. hinten, § 6. D. II. 1.

86) Die Nennung der Dauer ist m.E. notwendig. Das Bundesgericht ist von seiner Praxis, stets eine lebenslängliche Rente auszusprechen, abgekommen (BGE 108 II 88; 109 II 289; 110 II 226 f.; 111 II 305 ff.). Zumindest besteht hier ein Fall der Unklarheit.

durch die andere. Genauso hat er jedoch auch z.B. in den Belangen der Kinder die Offizialmaxime zu beachten, d.h. er hat sich von Amtes wegen von einer geeigneten Lösung zu überzeugen oder eine solche zu treffen.

§ 4 Die Erläuterung des Scheidungsurteils

A. Begriff

Erläuterung heisst Präzisierung und Verdeutlichung eines seinem Inhalt nach bereits vorliegenden Entscheides - klare Formulierung eines zwar klar gedachten und gewollten, aber unklar formulierten Entscheides.¹⁾ Ob in einem konkreten Fall das Gewollte und Erklärte übereinstimmen oder nicht, kann (und muss) der erkennende Richter selber entscheiden, da er den erläuterungsbedürftigen Entscheid gefällt hat. Seine Entscheidung über das Erläuterungsgesuch stellt daher eine authentische Interpretation seiner Anordnungen dar, über welche sich eine Rechtsmittelinstanz nicht hinwegsetzen kann.²⁾

Es ist daher nicht möglich, auf dem Weg des Erläuterungsverfahrens den zu erläuternden Entscheid inhaltlich abzuändern. Der Entscheid hat in allen Teilen - auch in der Kostenregelung - materiell unverändert zu bleiben.³⁾

Mit der Erläuterung gilt es also lediglich klar und unmissverständlich darzulegen, was der Richter mit seinen Anordnungen im erläuterungsbedürftigen Entscheid gemeint hat.

Schwieriger verhält es sich bei einem erläuterungsbedürftigen Scheidungsurteil, das auf einer Scheidungs-

1) ZR 79 (1980) Nr. 89, S. 173; 22 (1923) Nr. 128, S. 250

2) ZR 79 (1980) Nr. 6, S. 7; 60 (1961) Nr. 120, S. 287;

HAUSER/HAUSER, N 1 zu § 176 aGVG

3) SJZ 78 (1982), S. 47 Nr. 10

konvention⁴⁾ basiert. Nach obigen Ausführungen müsste eigentlich gefolgert werden, dass der Richter auch in solchen Fällen mittels Erläuterung seinen eigenen Entscheidungswillen, den er im Entscheid offenbar unklar zum Ausdruck gebracht hat, zu präzisieren hat. Da nun aber die Scheidungskonvention regelmässig auf dem Willen der Parteien und nicht auf Anordnungen des Richters beruht, muss und kann der Richter in einem diesbezüglichen Erläuterungsverfahren nur den mutmasslichen Willen der Parteien feststellen, auf Grund dessen er vorangehend die Scheidungskonvention genehmigte.⁵⁾ Dies wird ihm umso leichter fallen, wenn er die Scheidungskonvention in der Verhandlung vor den Schranken mit den Parteien besprochen hat, was grundsätzlich als Voraussetzung für die Genehmigung der Scheidungskonvention im Rahmen der verschiedenen Prozessmaximen seine Pflicht ist.⁶⁾

Ueberhaupt nicht erläuterungsfähig sind m.E. Erledigungsentscheide, welche auf Grund einer Klageanerkennung, eines Klagerückzuges oder eines Vergleiches zustande kommen. Da ein solcher Entscheid weder materieller Anordnungen noch einer Genehmigung des Richters bedarf, besitzt er als Entscheid keine Erkenntnisfunktion; dies im Gegensatz zum Scheidungsurteil, in dem die Scheidungskonvention bzw. deren Genehmigung eine Urteilsbestimmung verkörpert. Besteht also bei einem "gewöhnlichen" Vergleich ein Auslegungstreit zwischen den Parteien, so sind diese

4) Ueber die Zugänglichkeit der Scheidungskonvention zur Erläuterung vgl. hinten, D. IV.

5) A.M. HAGGER, S. 3; 10 f.

6) Vgl. vorne, § 3. B. III. 5.

gehalten, zur Geltendmachung der aus dem Vergleich abgeleiteten Ansprüche den Weg der selbständigen Klage zu beschreiten, wobei der Richter, der den vorangegangenen Prozess als durch Vergleich erledigt abgeschrieben hat, allenfalls als Zeuge in Betracht kommen kann.⁷⁾

§ 188 Abs. 3 ZPO schreibt zwar vor, ein Prozess dürfe zufolge Vergleichs nur dann als erledigt abgeschrieben werden, wenn die Parteierklärungen klar und zulässig seien. Hat der Richter den Vergleich auf seine Klarheit überprüft, besitzt dieser eine Art Erkenntnisfunktion, womit der Vergleich nahe an die Natur einer Scheidungsvereinbarung herankommt, was m.E. zu seiner Erläuterungsfähigkeit aber nicht genügt: Die Ueberprüfung eines "gewöhnlichen" Vergleiches durch den Richter ist nicht eine so notwendig umfassende wie die der Scheidungskonvention.

Die Erläuterung darf nicht verwechselt werden mit der Ergänzung des Scheidungsurteils, wo es darum geht, eine offen gebliebene Frage, die notwendigerweise hätte geregelt werden müssen, ergänzend zu entscheiden. Es gibt jedoch Grenzfälle, bei denen es mitunter schwierig zu beurteilen ist, welches der beiden genannten Verfahren zur Anwendung gelangen soll.⁸⁾

7) ZR 57 Nr. 77 S. 188 f.

8) Ueber die Abgrenzung der Erläuterung zur Ergänzung vgl. hinten, § 6. C. II. 1.

B. Gesetzliche Regelung und praktische Bedeutung

Eine gesetzliche Regelung besteht für die Erläuterung in den §§ 162 - 165 des zürcherischen GVG sowie auf bundesrechtlicher Ebene in Art. 145 OG. Im Vergleich der beiden Regelungen fällt auf, dass das OG mehr Erläuterungsgründe nennt als das GVG. Der bundesrechtliche Erläuterungsgrund der Unvollständigkeit dürfte allerdings die Grenze zwischen Erläuterungs- und Ergänzungsverfahren noch schwieriger gestalten.

Die praktische Bedeutung der Erläuterung des Scheidungsurteils ist nicht so gross, wie z.B. diejenige des Abänderungsverfahrens. Dies mag daher rühren, dass die Formulierung der Scheidungsurteile in den meisten Fällen klar ist. Zudem gibt der Scheidungsrichter den Parteien des öfters Erläuterungen zum Urteil mit auf den Weg, so dass bei der Abwicklung der Nebenfolgen zwischen den Parteien keine Schwierigkeiten entstehen, auch wenn das Scheidungsdispositiv vielleicht unklar formuliert und an sich erläuterungsbedürftig wäre. Ferner strebt die eine oder andere Partei bei Schwierigkeiten betreffend die Vollstreckung des Scheidungsurteils häufig direkt die Abänderung oder Ergänzung des Scheidungsurteils an, was mittels eines Erläuterungsgesuches nicht erreicht werden kann.

Gleichwohl ist die Bedeutung der Erläuterung nicht so gering, dass in Lehre und Rechtsprechung bis anhin keine Stellungnahmen über sie zu finden gewesen wären.⁹⁾

9) BUEHLER/SPUEHLER, N 206 zu Art. 158 ZGB; WALDER, S. 469; HAUSER/HAUSER, S. 586 ff.; HAGGER, S. 1 ff.; KEHL/KEHL I Nr. 835 ff.; GULDENER, S. 474; ZR 79 (1980) Nr. 6; 79 (1980) Nr. 86; 79 (1980) Nr. 89; 78 (1979) Nr. 68; 72 (1973) Nr. 28; 64 (1965) Nr. 153; 62 (1963) Nr. 40; 60 (1961) Nr. 120; 57 (1958) Nr. 77 etc.

C. Das Wesen der Erläuterung

I. Die Erläuterung als Rechtsmittel?

Die meisten Autoren reihen die Erläuterung nicht unter den Rechtsmitteln ein.¹⁰⁾ Ebenso behandelt die zürcherische Praxis die Erläuterung nicht als Rechtsmittel.¹¹⁾

Dass die Erläuterung kein Rechtsmittel ist, könnte man schon allein daraus schliessen, dass sie nicht in der zürcherischen ZPO unter den kantonalen Rechtsmitteln, sondern im zürcherischen GVG geregelt ist. Es sind jedoch noch weitere Kriterien für die Qualifikation der Erläuterung massgebend.

Die verschiedenen Rechtsmittel unterstehen bestimmten Fristen. Für die Erläuterung wird dem Gesuchsteller keine Frist gesetzt.

Mit der Erläuterung wird zwar wie mit den Rechtsmitteln auch ein Mangel des Entscheides beseitigt, wobei jedoch der Erläuterungsantrag nicht auf dessen materielle Abänderung oder Beseitigung geht, sondern auf dessen formelle Abänderung bzw. auf dessen Klarstellung und Vollstreckbarmachung hinzielt. GULDENER sieht die Erläuterung als Rechtsmittel an, weil auch die Verbesserung der Formulierung eine Abänderung der Entscheidung darstelle.¹²⁾

Ob die Erläuterung als Rechtsmittel angesehen werden kann, hängt m.E. nicht allein davon ab, ob der Entscheid

10) Statt vieler WALDER, S. 469; HAUSER/HAUSER, S. 587; a.M. KELLER/PFISTERER, S. 367; KUMMER, ZPR, S. 201

11) ZR 22 (1923) Nr. 128; 60 (1961) Nr. 120; 79 (1980) Nr. 89

12) GULDENER, S. 505

irgendeine Veränderung erfährt oder nicht, sondern welche Veränderung mit der Ueberprüfung des Entscheides eintreten kann. Die Ergreifung eines Rechtsmittels ist regelmässig mit der Möglichkeit verbunden, den Entscheid für den Ergreifenden günstiger zu gestalten, sei es, weil die Entscheidung fehlerhaft ist (error in iudicando), sei es, weil ein fehlerhaftes Verfahren zum Entscheid geführt hat (error in procedendo).¹³⁾ Dies ist m.E. bei der Erläuterung nicht der Fall: Die Erläuterung verändert den Entscheid nicht zu Gunsten der einen oder andern Partei, weil der Richter lediglich klar und eindeutig formuliert, was bereits in dem dem Erläuterungsverfahren vorangegangenen Prozess sein Entscheidungswille war, den die Parteien auch noch nach der erfolgten Erläuterung - materiell unverändert - zu befolgen haben.

Dass die zürcherische Erläuterung m.E. kein Rechtsmittel sein kann, zeigt ferner § 165 GVG, nach dem im Falle der Erläuterung des Entscheides die Rechtsmittelfristen den Parteien neu eröffnet werden. Diesen wird damit die Möglichkeit gegeben, den nun klarer und für sie verständlicher formulierten Entscheid mit dem ursprünglichen Rechtsmittel neu anzufechten. Um eine Anfechtung des Entscheides und damit um ein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne handelt es sich demnach bei der Erläuterung nicht.

II. Die Erläuterung als sonstiger Rechtsbehelf

Nach den vorangegangenen Ausführungen ist die Erläuterung also nicht als Rechtsmittel, sondern als sonstiger

13) GULDENER, S. 477

Rechtsbehelf zu qualifizieren. In diesem Zusammenhang sind im zürcherischen Zivilprozess als weitere Rechtsbehelfe, die keine Rechtsmittel im eigentlichen Sinne darstellen, die Einsprache, das Wiedererwägungsgesuch und die Aufsichtsbeschwerde zu nennen.¹⁴⁾

III. Abgrenzungen

1. Gegenüber der Berichtigung

Die Berichtigung (§ 166 GVG) von offensichtlichen Irrtümern erfolgt formlos. Der Entscheid ist in einem solchen Falle weder unklar noch widersprüchlich. Sowohl für den Richter als auch für die Parteien ist das Versehen im zu berichtigenden Entscheid offensichtlich. Eines formellen Gesuches bedarf es daher bei der Berichtigung im Gegensatz zur Erläuterung nicht. Es ist der Kanzleibeamte, der das offensichtliche Versehen - dazu gehören Schreibfehler, Rechnungsirrtümer und irrige Bezeichnungen der Parteien - im Einverständnis mit dem Präsidenten und unter Mitteilung an die Parteien berichtigt.

2. Gegenüber der Urteilsbegründung

Ist das Urteilsdispositiv unklar, so sind die Erwägungen für eine Klärung heranzuziehen. Bleibt das Urteil trotz Durchsicht der Erwägungen unklar, oder haben die Parteien überhaupt auf eine Begründung verzichtet, so dass die Unklarheit nicht durch die Erwägungen - weil nicht vorhanden - behoben werden kann, so ist das Urteil erläuterungsbedürftig. Die Begründung, sofern sie erfolgt

14) Vgl. dazu WALDER, S. 470

ist, kann als Vorstufe zur Erläuterung betrachtet werden. Die Urteilsbegründung steht insbesondere in einem engeren Zusammenhang mit den Rechtsmitteln. Verzichten die Parteien nämlich auf eine Urteilsbegründung, so verzichten sie damit auch auf die Ergreifung des möglichen Rechtsmittels.¹⁵⁾ Verlangen sie eine Begründung, so beginnt die Rechtsmittelfrist erst mit Zustellung des begründeten Entscheides zu laufen (§ 158 Abs. 2 GVG). Ein Verzicht auf Urteilsbegründung schliesst jedoch nicht einen Verzicht auf Erläuterung mitein, denn die Erläuterung ist an keine Frist gebunden und u.a. auch deshalb gegen rechtskräftige Urteile zulässig. Die Urteilsbegründung ist m.E. nicht Voraussetzung für die Erläuterung des Urteils. Die Meinung, dass ein nicht begründetes Urteil zuerst nachträglich begründet werden solle, bevor feststehe, ob es erläutert werden müsse oder nicht,¹⁶⁾ ist m.E. verfehlt. Eine solche nachträgliche Begründung würde die Erläuterung praktisch vorwegnehmen. Zudem ist das Begründungsgesuch an eine zehntägige Frist seit Eröffnung des Entscheides gebunden, die auf Grund eines Erläuterungsgesuches über ein nicht begründetes Urteil regelmässig vom Richter wiederhergestellt werden müsste, was jedoch nur beschränkt möglich wäre.¹⁷⁾ Ist daher ein nicht begründetes Urteil unklar, und kann mangels Erwägungen die Unklarheit nicht beseitigt werden, ist das Urteil direkt, d.h. ohne nachträglich vorzunehmende Urteilsbegründung - im übrigen auch aus prozessökonomischen Gründen - zu erläutern.

15) Vgl. hinten, D. III.

16) HAGGER, S. 44

17) Vgl. zu diesem Problemkreis FRANK, S. 105 f.; § 199 GVG und Art. 35 OG

3. Gegenüber der formlosen Auskunft

Im Falle der subjektiven Unverständlichkeit des richterlichen Entscheides wird der Richter oder der Kanzleibeamte oft mit Anfragen der Parteien konfrontiert, sie hätten den Entscheid nicht verstanden und bäten um Erklärung. Dazu folgendes Beispiel:

Die Eheleute A und B stehen wegen tief zerrütteter Ehe vor dem Scheidungsrichter. Sie wollen, um weiteren Streit zu vermeiden, ihre vermögensrechtlichen Nebenfolgen in einer Vereinbarung regeln und zählen dabei, da sie nicht rechtskundig sind und auch nicht durch Anwälte vertreten werden, auf die Mitwirkung des Richters. Der Richter bespricht mit den Parteien deren vermögensrechtlichen Verhältnisse eingehend und formuliert daraufhin gemäss den Wünschen der Parteien eine Vereinbarung über die vermögensrechtlichen Nebenfolgen, mit welcher sich beide Parteien am Protokoll einverstanden erklären. Das Scheidungsurteil wird noch in derselben Verhandlung eröffnet, ein Rechtskraftbeschluss wird noch nicht gefällt. Am folgenden Tage erscheint B auf der Gerichtskanzlei und verlangt "Erläuterung", weil sie einige Punkte in der Vereinbarung eben doch nicht verstehe.

Im vorliegenden Beispiel ist zu vermuten, dass die Bestimmungen in der Vereinbarung im rechtlichen Sinne klar formuliert worden, für die nicht rechtskundige B jedoch trotz ihrer Zustimmung nicht begreiflich sind. Der Kanzleibeamte wird in der Praxis B an Ort und Stelle in einer für sie verständlichen Weise die fraglichen Bestimmungen nochmals erklären. Kann sich B mit der Erklärung nicht zufrieden geben, so wird er sie auf das Rechtsmittelverfahren, jedoch nicht auf das Erläuterungsverfahren verweisen, wenn die betreffenden Bestimmungen nicht an juristischen Unklarheiten oder Widersprüchlichkeiten leiden.

D. Gegenstand der Erläuterung des Scheidungsurteils

I. Das Scheidungsdispositiv

Gegenstand der Erläuterung bildet im allgemeinen der Erlass, der eine richterliche Entscheidung in sich schliesst. Darunter fallen Sach- und Prozessurteile, jedoch auch die sog. Zwischenentscheide.¹⁸⁾

In erster Linie ist in vorliegender Arbeit das Scheidungsdispositiv zu nennen bzw. die wegen einer mangelhaften Formulierung unklaren, widersprüchlichen oder unverständlichen Bestimmungen des Dispositives. Dabei erkennen die Parteien in vielen Fällen den Mangel erst dann, wenn eine Partei eine Bestimmung im Scheidungsdispositiv wegen ihrer Unklarheit gegen die andere Partei nicht durchsetzen kann, selbst dann nicht, wenn beide Parteien eigentlich wüssten, wie die betreffende Bestimmung vom Scheidungsrichter gedanklich gemeint war, die verpflichtete Partei sich aber auf den (unklaren) Wortlaut der Bestimmung beruft. Dem Vollstreckungsrichter wird - falls er den Mangel nicht mittels den Erwägungen im Scheidungsurteil beheben kann - nichts anderes übrig bleiben, als der die Durchsetzung der betreffenden Bestimmungen anbegehrenden Partei die Vollstreckung zu versagen.

II. Die Begründung des Scheidungsurteils

Gemäss § 162 GVG ist die Erläuterung eines Entscheiden zulässig. Mit Entscheid ist dabei nicht nur das Dispositiv gemeint; auch unklare oder widersprüchliche Ent-

18) HAUSER/HAUSER, S. 588

scheidungsgründe fallen darunter, sind sie doch Bestandteil des Urteils und Grundlage der richterlichen Entscheidungen. Die Erläuterungsbedürftigkeit der Begründung eines Scheidungsurteils ist dann denkbar, wenn das Scheidungsdispositiv seinem Wortlaut nach zwar klar und unmissverständlich ist, der Scheidungsrichter jedoch gemäss Erwägungen im Dispositiv zu einem andern Schluss hätte gelangen sollen. Erwägungen und Dispositiv stehen in einem solchen Falle somit in krassem Widerspruch. Scheidungsdispositiv wie auch Begründung sind diesbezüglich als unklar zu qualifizieren, weil das Dispositiv nicht der Begründung und die Begründung nicht dem Dispositiv entspricht, obgleich beide alleine betrachtet durchaus klar sein können.

Denkbar ist der weitere Fall, dass aus den Erwägungen nicht ersichtlich ist, aus welchen Schlussfolgerungen heraus der erkennende Scheidungsrichter das Dispositiv, welches an und für sich trotzdem unmissverständlich sein kann, formuliert hat.

Im ersten Falle hat m.E. der erkennende Richter den Widerspruch zu beseitigen, indem er entweder die Erwägungen oder das Dispositiv oder aber wenn notwendig beide zusammen erläutert. Nur dem erkennenden Richter selbst ist es möglich zu entscheiden, wie er den erwähnten Widerspruch beseitigen kann, da er ihn verursacht hat. Dabei hat der Richter so vorzugehen, dass in den Erwägungen wie auch im Dispositiv klar und ohne Widerspruch zum Ausdruck kommt, was er mit seiner Entscheidung gewollt hat. Dieses Vorgehen kann zur Folge haben, dass die Erwägungen und das Dispositiv zusammen nach erfolgter Erläuterung zum Teil neu formuliert werden müssen.

Im zweiten obgenannten Falle sind lediglich die Erwägungen zu erläutern. Trotz ihrer Unklarheit machen sie das Dispositiv nicht missverständlich; sie stehen auch nicht im Widerspruch zum Dispositiv. Sie sind derart unklar, dass aus ihnen weder ein Widerspruch zum Dispositiv, geschweige denn das Dispositiv selbst - welches an sich klar ist - abgeleitet werden könnte. Für diejenige Partei, die eine Begründung wünscht, ist jedoch eine klare Begründung in Bezug auf die Anfechtungschancen gegen den Entscheid von grossem Interesse. Sind die Erwägungen krass unklar, ist im Erläuterungsverfahren m.E. das Urteil wo notwendig neu zu begründen. Ist die Begründung hernach zwar klar formuliert, jedoch nicht plausibel, so steht den Parteien unter Neuansetzung der Rechtsmittelfristen (wieder) die Berufung gegen das Scheidungsurteil zur Verfügung (§ 165 GVG i.V.m. § 259 Ziff. 1 ZPO).

III. Das rechtskräftige Scheidungsurteil

Scheidungsurteile, die erläuterungsbedürftig sind, treten trotz ihrer Erläuterungsbedürftigkeit in Rechtskraft. Wäre dem nicht so, könnten nebst den erläuterungsbedürftigen auch die klaren Bestimmungen des Urteils nicht vollstreckt werden, bis eine Erläuterung des Urteils erfolgt wäre. Umgekehrt liesse sich argumentieren, Rechtskraft bedeute Vollstreckbarkeit, was zur Folge habe, dass mit dem rechtskräftigen Urteil auch die erläuterungsbedürftigen Bestimmungen zu vollstrecken seien. Da dies aber nicht möglich sei, weil der Vollstreckungsrichter im Vollstreckungsverfahren nicht die Erläuterung der betreffenden Bestimmungen vornehmen könne, gebe es nichts anderes, als dem Urteil die Rechtskraft abzusprechen.

Solche Bedenken können damit ausgeräumt werden, dass der Richter im Erläuterungsverfahren das Urteil lediglich klarer zu formulieren hat, es materiell aber nicht abändert. Daraus kann gefolgert werden, dass ein erläuterungsbedürftiges Urteil die Vollstreckung nicht verhindert, sondern lediglich aufschiebt in Bezug auf die zu erläuternden Bestimmungen.

Der Vollstreckungsrichter, welcher eine Bestimmung wegen ihrer Erläuterungsbedürftigkeit nicht vollstrecken kann, hat die anbegehrende Partei auf das Erläuterungsverfahren zu verweisen.

Dass das Erläuterungsgesuch gegen rechtskräftige Entscheide zulässig ist, zeigen ferner die Regelungen, welche erstens das Erläuterungsgesuch nicht von einer Frist abhängig machen und zweitens nach der erfolgten Erläuterung die Rechtsmittelfristen neu eröffnen (§ 165 GVG). Bei der Neueröffnung der Rechtsmittelfristen stellen sich insofern Probleme, ob neu nur die erläuterten Bestimmungen angefochten werden dürfen oder gegebenenfalls auch der ganze Entscheid.¹⁹⁾

IV. Die Scheidungskonvention

Rechtsprechung und Lehre stimmen darin überein, dass die genehmigte Scheidungskonvention der Erläuterung zugänglich sei.²⁰⁾ In der Lehre ist jedoch umstritten, wie eine Scheidungskonvention zu erläutern sei:

19) Vgl. hinten, G. VI. 3. b.

20) ZR 79 (1980) Nr. 89; S. 173, 62 (1963) Nr. 40; HAUSER/HAUSER, S. 588; HINDERLING, S. 187; BUEHLER/-SPUEHLER, N 206 zu Art. 158 ZGB

Die eine Meinung geht dahin, die Scheidungskonvention werde durch ihre Genehmigung Bestandteil des Urteils, welches zu erläutern sei; die Scheidungskonvention sei aber nicht auszulegen, d.h. der mutmassliche Wille der Parteien sei nicht festzustellen.²¹⁾

Die andere Meinung hält zutreffend fest, dass die vom Scheidungsrichter genehmigte Vereinbarung den Charakter einer Urteilsbestimmung besitze und damit erläutderungsfähig werde, wobei der Richter in diesen Fällen jedoch auch zu prüfen haben werde, welches der mutmassliche Wille der Parteien gewesen sei.²²⁾

In vorliegender Arbeit wurde bereits die zweitgenannte Meinung unterstützt.²³⁾ Gerade weil die Scheidungskonvention - auch wenn der Richter sie zu genehmigen hat - regelmässig auf dem Willen der Parteien beruht, muss diesen das Recht zustehen, darzutun, dass sie mit der Vereinbarung eine ganz bestimmte Ordnung anstrebten und dass die Konvention in Verbindung mit dem Urteil diese von ihnen klar gedachte und gewollte Lösung nicht richtig wiedergibt, sei es, weil bereits die Konvention dem Parteiwillen nicht richtig Ausdruck verlieh, sei es, weil aus dem Zusammenspiel von Konvention und Urteil Unklarheiten und Widersprüche resultieren.²⁴⁾

Folgendes Beispiel²⁵⁾ soll diese Ansicht verdeutlichen:

21) HAGGER, S. 12

22) HAUSER/HAUSER, S. 588; ZR 79 (1980) Nr. 89, S. 173

23) Vgl. dazu vorne, A.

24) ZR 79 (1980) Nr. 89, S. 173 f.

25) In Anlehnung an ZR 79 (1980) Nr. 89

Die Parteien A und B haben über ihre vermögensrechtlichen Nebenfolgen eine Vereinbarung abgeschlossen, in der sich A verpflichtet, der B eine Rente im Sinne von Art. 151 ZGB zu bezahlen. Da die vermögensrechtlichen Nebenfolgen der freien Disposition der Parteien unterstehen, hat der Richter diese Vereinbarung ohne weiteres genehmigt. Nach 2 Jahren richtet A der B keine Rente mehr aus in der Meinung, zwischen den Parteien sei von Anfang an abgemacht gewesen, die Rentenregelung gelte längstens für 2 Jahre. A stellt ein Erläuterungsgesuch.

Möglicherweise wird sich A in einem Beweisnotstand befinden, und das Erläuterungsbegehren ist somit nicht gerade erfolgversprechend. Gleichwohl wird das Erläuterungsgesuch an die Hand genommen werden müssen, zumal da das Bundesgericht von seiner früheren Praxis abgekommen ist, regelmässig der berechtigten Partei eine lebenslängliche Rente zuzusprechen, so dass in Anbetracht dieses Umstandes m.E. nicht mehr mit Fug behauptet werden kann, eine Rentenverpflichtung, die sich nicht über die Dauer ausspreche, sei nicht mangelhaft geregelt, sondern habe als lebenslängliche zu gelten.²⁶⁾ Dem Richter bleibt deshalb in vorliegendem Beispiel der mutmassliche Wille der Parteien zu ermitteln, da er die Vereinbarung der Parteien ohne weiteres genehmigt hat, ohne dass er den Inhalt seinem Entscheidungswillen unterstellt hätte, wie das bei einer richterlichen Urteilsfindung der Fall gewesen wäre.

26) A.M. ZR 79 (1980) Nr. 89; neuere Bundesgerichtspraxis zu diesem Problemkreis: BGE 108 II 88; 109 II 289; 110 II 226 f.; 111 II 305 ff.

E. Die Erläuterungsgründe

I. Nach § 162 GVG

1. Unklarheit

Eine Unklarheit als Erläuterungsgrund besteht m.E. dann, wenn der Richter seinen an sich klaren Willen im Dispositiv unverständlich zu Papier gebracht hat, und diese Unklarheit auch durch die Erwägungen nicht behoben werden kann. Dabei genügt die subjektive Unverständlichkeit der Parteien jedoch nicht für die Zulässigkeit eines Erläuterungsgesuches. Verstehen die Parteien den Wortlaut des Entscheides lediglich nicht, weil sie nicht juristisch oder überhaupt ungenügend gebildet sind, so sind sie auf dem Wege der formlosen Auskunft aufzuklären.²⁷⁾ Der erläuterungsbedürftige Entscheid hat demnach objektiv unklar zu sein. Erst dann nämlich ist er nicht durchsetzbar und durch die Erläuterung vollstreckbar zu machen.

Aus diesen Gründen ist die Argumentation, ein für nicht rechtskundige Parteien subjektiv unverständlicher Wortlaut des Entscheides sei zu erläutern, weil für die Parteien der Verlust des Rechtsmittels in Frage stehe²⁸⁾, abzulehnen. In Anbetracht der im Kanton Zürich m.E. guten Kommunikationsmöglichkeiten zwischen Parteien und Gericht steht den Parteien während der Rechtsmittelfrist genügend Zeit zur Verfügung, sich in der unter anderem eigens auch für solche Zwecke eingerichteten und kostenlosen "Sprechstunde" bei den Bezirksgerichten ein Bild über den

27) Vgl. vorne, C. III. 3.; a.M. offenbar HAGGER, S. 76

28) ZR 65 (1966) Nr. 121, S. 271 f.

objektiv juristisch klaren Entscheid zu verschaffen, um daraufhin allenfalls ein Rechtsmittel zu ergreifen.

Unklar im Sinne eines Erläuterungsgrundes ist m.E. ein Entscheid auch dann, wenn aus seinem zwar klaren Wortlaut Sinn und Tragweite des Entscheides objektiv nicht erkennbar sind.

Folgende Fälle, die wegen Unklarheit zu erläutern wären, seien beispielsweise erwähnt:

Unklar ist eine Bestimmung, die der berechtigten Partei eine Rente "im Sinne von Art. 151/152 ZGB" zuspricht. Die beiden Artikel müssen streng auseinandergehalten werden, da grundsätzlich nur Renten im Sinne von Art. 152 ZGB abänderbar sind. Der Umfang der in einem allfälligen Abänderungsverfahren²⁹⁾ abänderbaren Rente muss deshalb bestimmbar sein.

Unklar ist eine Bestimmung, die dem Vater eine Unterhaltspflicht zu Gunsten seiner Kinder auferlegt, ohne sich darüber zu äussern, ob im monatlichen Unterhaltsbeitrag³⁰⁾ die Kinderzulagen inbegriffen seien oder nicht.

Unklar ist eine Bestimmung, die dem Vater das "gerichtsübliche" Besuchsrecht zuspricht.

2. Widersprüchlichkeit

§ 162 GVG lautet: "Ist ein Entscheid unklar oder enthält er Widersprüche, ...". Die Widersprüchlichkeit kann also - wie dies bereits festgestellt ist - im ganzen Entscheid überhaupt liegen, nicht nur im Dispositiv oder nur in den Erwägungen. Dispositiv und Erwägungen gehören zum Ent-

29) BUEHLER/SPUEHLER, N 191 zu Art. 158 ZGB

30) ZR 72 (1973) Nr. 28; mitunter kann die Abgrenzung zur Urteilsergänzung vorliegend schwierig sein (vgl. hinten, III.)

scheid, weshalb die Widersprüchlichkeit durchaus auch zwischen ihnen gegeben sein kann. In einem solchen Falle - den Art. 145 OG ausdrücklich vorsieht - sind m.E. entweder das Dispositiv oder die Urteilsbegründung oder beide zusammen erläuterungsbedürftig.³¹⁾

Ein Beispiel zum Widerspruch zwischen Erwägungen und Dispositiv:

Den Erwägungen ist zu entnehmen, dass die Berechtigte eine Bedürftigkeitsrente im Sinne von Art. 152 ZGB zugesprochen erhält, währenddem ihr im Dispositiv eine grundsätzlich unabänderliche Rente im Sinne von Art. 151 ZGB zugesprochen wird. Dieser Widerspruch kann nicht ohne weiteres behoben werden, obwohl zu vermuten ist, dass im Dispositiv eher ein Versehen vorliegt als in den Erwägungen. Behoben werden kann jedoch der vorliegende Widerspruch m.E. nur mittels Erläuterung des Dispositives zusammen mit den Erwägungen.

Anders verhielte es sich, würde das Dispositiv die Rente überhaupt nicht entweder im Sinne von Art. 151 oder von Art. 152 ZGB qualifizieren. Dann würde lediglich das Dispositiv einer Unklarheit unterliegen. Es wäre jedoch nicht einmal zu erläutern, denn der Mangel wäre mit den Erwägungen, welche dem Entscheid den Sinn von "Art. 152 ZGB" gäben, zu beheben.

Unzutreffend ist m.E. die Ansicht, die Erläuterung sei nicht zulässig, wenn der Widerspruch zwischen dem mündlich

31) Vgl. vorne, D. II.

eröffneten und dem nachträglich schriftlich ausgefertigten Entscheid bestehe und es sich dabei weder um einen offensichtlichen Irrtum noch um eine mangelhafte Formulierung handle.³²⁾

In einem solchen Falle muss entweder das mündlich eröffnete oder das schriftlich ausgefertigte Urteil mangelhaft sein. Gerade aber das Erläuterungsverfahren ist m.E. der richtige Weg abzuklären, welches von beiden das zutreffende Urteil sei.

II. Weitere Gründe

Das zürcherische GVG nennt in § 162 nur die Unklarheit und Widersprüchlichkeit als Erläuterungsgründe. Es sind jedoch weitere Erläuterungsgründe denkbar, wie z.B. die in Art. 145 OG formulierte Zweideutigkeit, welche allerdings m.E. eine Form der Unklarheit darstellt.

Ferner nennt Art. 145 OG auch die Unvollständigkeit als Erläuterungsgrund. Da durch die Erläuterung der Entscheid materiell nicht abgeändert werden darf, ist die Behebung einer materiellen Lücke im Entscheid im Erläuterungsverfahren nicht zulässig. Diesfalls läge ein Sachverhalt vor, der durch die Urteilsergänzung zu erledigen wäre.

Daher ist der Erläuterungsgrund der Unvollständigkeit lediglich als Fehler in Form der lückenhaften Formulierung und nicht als in der Entscheidung selbst vorstellbar. Die meisten solcher Fälle werden jedoch auf dem Weg der Berichtigung behoben werden können, weil vielfach ein

32) SJZ 54 (1958) S. 275

solcher Fehler in der Formulierung von minderer Bedeutung und zudem offensichtlich sein wird. In seltenen Fällen mag allerdings nicht ersichtlich sein, ob der fragliche Punkt vom Gericht entschieden wurde oder ob die Unvollständigkeit lediglich einem redaktionellen Versehen entspringe. Ist die Rechtsmittelfrist schon abgelaufen, muss den Parteien m.E. die Erläuterung offenstehen, damit sie weiterhin die Möglichkeit haben, den korrigierten Entscheid auf Grund der Neueröffnung der Rechtsmittelfristen anzufechten.³³⁾

III. Grenzfälle

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass die Gefahr besteht, mittels der Erläuterung unzulässigerweise das mangelhafte Urteil materiell abzuändern oder zu ergänzen.

Dies ist eine Folge von Abgrenzungsschwierigkeiten.

Beispiele von Grenzfällen:

Das Scheidungsurteil auferlegte dem pflichtigen Ehemann, seiner geschiedenen Ehefrau und dem Kinde zusammen einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 300.-- monatlich zu bezahlen. Nachdem die Pflicht zur Unterstützung für das Kind entfiel, bestand Unklarheit darüber, wieviel die Frau zugute habe³⁴⁾. Ist ein solches Urteil zu erläutern oder abzuändern?

In ZR 38 (1939) Nr. 41 b wird dazu m.E. richtig ausgeführt, dass es Abänderung, nicht Erläuterung sei, wenn der Richter, nachdem die Beitragspflicht hinsichtlich

33) Gl.M. offenbar HAGGER, S. 85 oben

34) ZR 38 (1939) Nr. 41b

des Kindes weggefallen sei, die der Frau allein als Bedürftigkeitsrente noch zukommende Beitragsquote festsetze, denn die "Gesamtrente" für Frau und Kind fällt weg und wird neu, im Sinne einer Einzelrente, bestimmt.

Strittig war der Ausdruck "halber Tag". Ist ein solches Urteil zu erläutern oder abzuändern?³⁵⁾

Der Ausdruck "halber Tag" ist unklar und m.E. deshalb zu erläutern. Er ist dahin zu verdeutlichen, von wann bis wann das Besuchsrecht bestehe, so z.B. von 14.00 Uhr bis 18.30 Uhr. Um eine Abänderung würde es sich selbstverständlich dann handeln, wenn der üblicherweise mutmassliche Umfang des halben Tages über- oder unterschritten würde, denn dann handelte es sich um eine materielle Veränderung des Besuchsrechts.

Das Scheidungsurteil auferlegt dem Vater gegenüber seinen Kindern eine Unterhaltspflicht, ohne zu erwähnen, ob die Kinderzulagen im Unterhaltsbeitrag enthalten seien oder nicht.

In ZR 72 (1973) Nr. 28 wurde diese Bestimmung als erläuterungsbedürftig angesehen, obwohl § 11 des zürcherischen Kinderzulagengesetzes ausdrücklich bestimme, Kinderzulagen seien zusätzlich zu den gerichtlich festgesetzten Unterhaltsbeiträgen zu entrichten. In ZR 79 (1980) Nr. 6 wird ausgeführt, Scheidungsurteile, welche sich zur Frage der Kinderzulagen nicht ausdrücklich äusserten, seien jedenfalls dann objektiv erläuterungsbedürftig, wenn die Unterhaltsregelung auf Parteivereinbarung beruhe.

35) ZR 27 Nr. 76; Das Oger entschied auf Abänderung

Genauso könnte argumentiert werden, das Urteil weise in Bezug auf die Kinderzulagen eine Lücke auf; über die Kinderzulagen bestünde im Urteil keine Regelung, das Urteil sei zu ergänzen.

Zu ergänzen ist das Urteil richtigerweise dann, wenn die Regelung über die Kinderzulagen tatsächlich vom Richter nicht beurteilt wurde. Im Sinne des zürcherischen Kinderzulagengesetzes wäre der Vater im Urteil zur zusätzlichen Leistung von Kinderzulagen zu verpflichten. Stellte sich aber heraus, dass die Kinderzulagen im genannten Unterhaltsbeitrag enthalten seien, so ist die Bestimmung lediglich dahingehend umzuformulieren, dass der Unterhalt in den Unterhaltsbeitrag einerseits und in die Kinderzulagen andererseits zerlegt wird. Der Entscheid würde jedoch materiell derselbe bleiben. Diesfalls handelte es sich um eine Erläuterung.

F. Legitimation

Wie bei der Ergreifung eines Rechtsmittels, muss der Gesuchsteller auch bei der Erläuterung beschwert sein, d.h. er muss ein Interesse an der Erläuterung nachweisen können, andernfalls kann sein Erläuterungsgesuch nicht zugelassen werden. M.E. ist bei den Parteien des Scheidungsprozesses zum voraus ein Interesse an der Erläuterung anzunehmen, was jedoch nicht heisst, dass das Urteil ohne weiteres erläutert werden muss. Ist es klar, wird das Erläuterungsgesuch nicht zugelassen. Von grösserer Bedeutung ist der Interessennachweis bei Dritten. Nicht jeder Dritte, der in irgendeiner Form mit dem Scheidungsurteil zu tun hat, ist berechtigt, ein Erläuterungsgesuch zu stellen.

I. Die Parteien

Wer befugt ist, ein Erläuterungsgesuch zu stellen, sagt das zürcherische GVG nicht. Nach Art. 145 Abs. 1 OG sind die Parteien zur Stellung des Erläuterungsbegehrens legitimiert. Ganz allgemein sind unter Parteien die Haupt-, die Nebenparteien und die Streitgenossen zu verstehen.³⁶⁾ In Bezug auf die Erläuterung des Scheidungsurteils sind demnach als Parteien allein die geschiedenen Eheleute legitimiert. Ist einer der geschiedenen Ehegatten verstorben, so geht dessen Legitimation auf die Erben als Rechtsnachfolger über³⁷⁾, wenn diese ein Interesse an der Erläuterung des Scheidungsurteils geltend machen können.

36)/37) GULDENER, S. 491 f.

Dies dürfte für die Kinder, die im Scheidungsurteil dem verstorbenen Ehegatten zugeteilt worden sind, in Bezug auf ihre eigenen Belange zutreffen.³⁸⁾

Das Scheidungsurteil muss jedoch bereits in Rechtskraft erwachsen sein, denn stirbt eine Partei, bevor das Urteil rechtskräftig geworden ist, wird der Scheidungsprozess als gegenstandlos abgeschrieben. Es handelt sich im Scheidungsprozess um höchstpersönliche Ansprüche der Eheleute, für die es beim Tod einer Partei keine Gesamtnachfolge in den anhängigen Prozess gibt.³⁹⁾

II. Dritte

1. Die Vormundschaftsbehörde

Der Vormundschaftsbehörde wird nirgends ausdrücklich die Ermächtigung erteilt, ein Erläuterungsgesuch zu stellen. Ihre Legitimation lässt sich aber aus Art. 157 ZGB ableiten. In ZR 22 (1923) Nr. 128 wird dazu zutreffend ausgeführt, grundsätzlich stehe das Recht um Erläuterung nachzusuchen, nur den Prozessparteien zu; werde es von einer Drittperson beansprucht, so habe sie ihre Legitimation nachzuweisen. Die Prozessgesetzgebung gebe für diese Legitimation keine Anhaltspunkte, wohl aber lasse sie sich aus der Bestimmung des Art. 157 ZGB ableiten; denn wenn bei veränderten Verhältnissen der Richter auf Begehren der Vormundschaftsbehörde die erforderlichen Anordnungen zu treffen habe, so liege die Annahme sehr nahe, sie sei auch zur Stellung des Erläuterungsgesuches

38) Ueber die Verfolgung der Interessen der Kinder vgl. im folgenden ausführlich, II. 3.

39) STRAEULI/MESSMER, N 6 zu § 190 und N 12 zu § 49 ZPO

befugt, damit sie wenigstens wisse, was der Richter gewollt habe oder wie sein Spruch aufzufassen sei.

Man könnte mit anderen Worten auch argumentieren, da die Vormundschaftsbehörde mit ihrem Begehren gemäss Art. 157 ZGB materiell auf die richterlichen Anordnungen einwirken könne, müsse sie genauso befugt sein, ein Erläuterungsgesuch zu stellen. Denn ist das Scheidungsurteil unverständlich, wie sollte die Vormundschaftsbehörde ein klares Begehren im Sinne von Art. 157 ZGB basierend auf einem unklaren Scheidungsurteil formulieren können?

2. Nicht die Vertreter im Vollstreckungsverfahren

Oft kommt es vor, dass die berechtigte Partei im Vollstreckungsverfahren durch einen Privaten oder eine gestützt auf Art. 290 ZGB bezeichnete Inkassohilfestelle, von der sie sich ihre Unterhaltsbeiträge gegen Abtretung ihres Unterhaltsanspruches bevorschussen lässt, sich vertreten lässt. Solche Vertreter sind als Dritte nicht zur Stellung eines Erläuterungsgesuches legitimiert. 40) Sie haben lediglich im Vollstreckungsverfahren aufzutreten. Wird ihnen dort die Vollstreckung des Urteils wegen Unklarheit der zu vollstreckenden Bestimmung verweigert, 41) ist das Urteil zwar erläuterungsbedürftig, der Vertreter würde jedoch seine Vertretungsbefugnisse überschreiten, wollte er selbständig um Erläuterung nachsuchen.

3. Das Grundbuchamt

Es kann z.B. der Fall eintreten, dass das zuständige

40) HEGNAUER, Grundriss, S. 124

41) Vgl. vorne, D. I.

Grundbuchamt in einer genehmigten Scheidungskonvention über die güterrechtlichen Nebenfolgen angewiesen wird, den Miteigentumsanteil der einen Partei an der ehelichen Liegenschaft auf Vorlage des rechtskräftigen Scheidungsurteils hin auf die andere Partei zu übertragen.

Dazu hat sich das Grundbuchamt zweifellos auf einen Beschrieb über die Liegenschaft in der Scheidungskonvention abzustützen. Ferner benötigt es Informationen über Dienstbarkeiten, Hypotheken, Anmerkungen im Grundbuch, über die Kostenübernahme der mit der Eigentumsübertragung verbundenen Kosten, Gebühren und Handänderungssteuern, etc.

Ist dieser Beschrieb unklar, weil er vom Richter als Voraussetzung für die Genehmigung der Scheidungskonvention nicht auf seine Vollständigkeit und Klarheit überprüft wurde, so ist das Grundbuchamt m.E. berechtigt, eine Erläuterung der betreffenden Bestimmung in der Scheidungskonvention zu verlangen, andernfalls es die Eigentumsübertragung ins Grundbuch nicht vornehmen kann.

4. Das Kind

a) Unmündiges Kind

Stirbt die Partei, der im Scheidungsurteil die elterliche Gewalt über die Kinder zugesprochen wurde, so fällt diese nicht von Gesetzes wegen und ohne weiteres an den Elternteil zurück, dem sie im Scheidungsurteil aberkannt wurde. Mit dem Tode des Gewaltinhabers unterstehen die Kinder der Obhut und dem Schutz der Vormundschaftsbehörde, bis endgültige Anordnungen ge-

troffen sind.⁴²⁾ Die unmündigen Kinder kommen daher grundsätzlich unter Vormundschaft (Art. 368 Abs. 1 ZGB). Die Interessen, die der Vormund anstelle des Gewaltinhabers für die Kinder zu verfolgen hat, beschränken sich im Scheidungsurteil auf das Recht auf Unterhalt gegenüber dem noch lebenden Elternteil. Die schon mehrfach erwähnte Bestimmung im Scheidungsurteil, die sich bezüglich des Unterhalts der Kinder nicht über die Kinderzulagen ausspricht, ist demnach auf Intervention des Vormundes im Interesse der Kinder zu erläutern.

b) Mündiges Kind

Mündige Kinder sind nicht legitimiert, in Bezug auf ihre Unterhaltsbelange gegenüber dem noch lebenden Elternteil um Erläuterung nachzusuchen. Besteht im rechtskräftigen⁴³⁾ Scheidungsurteil eine Bestimmung, die den mündigen Kindern über ihre Mündigkeit hinaus Unterhaltsleistungen seitens des noch lebenden Elternteils zuspricht, so ist die Bestimmung selbst, wenn sie noch so erläuterungsbedürftig wäre, für die mündigen Kinder der Erläuterung nicht zugänglich, da eine solche Bestimmung ohnehin nicht vollstreckbar ist.

Dem mündigen Kind steht jedoch gegebenenfalls das selbständige Klagerecht im Sinne von Art. 279 Abs. 1 in

42) BGE 61 II 28; ZR 29 (1930) Nr. 22

43) Es sei nochmals daran erinnert, dass bei Tod einer Partei vor Rechtskraft des Scheidungsurteils der Prozess als gegenstandslos abgeschrieben würde und sich die Frage der Erläuterung dann gar nicht stellen könnte (vgl. vorne I.).

Verbindung mit Art. 277 Abs. 2 ZGB auf Unterhalt gegen den noch lebenden Elternteil zu.

Nicht Erläuterung zu verlangen berechtigt sind die Kinder, gleichgültig ob mündig oder unmündig, m.E. in Bezug auf andere erläuterungsbedürftige Bestimmungen, insbesondere bezüglich der güterrechtlichen Auseinandersetzung zwischen den Parteien im Scheidungsprozess, weil ihnen aus diesen Bestimmungen kein direkter Anspruch zusteht, obwohl sich die güterrechtliche Auseinandersetzung auf ihren Erbteil auswirkt. Kann die güterrechtliche Auseinandersetzung - falls sie nicht bereits erfolgt ist - wegen Unklarheit der Bestimmungen nicht vorgenommen werden, so ist m.E. eine Erläuterung von Amtes wegen⁴⁴⁾ in Betracht zu ziehen.

44) Vgl. hinten, V.

G. Das Erläuterungsverfahren

I. Zuständigkeit

Zuständig zur Erläuterung des Entscheides ist dasjenige Gericht, das ihn gefällt hat (§ 162 GVG). Dies ist die einzig mögliche Lösung: Nur der erkennende Richter kann den durch ihn unklar formulierten Entscheid so korrigieren, dass er seinem schon anfänglich klar gedachten und gewollten Entscheid entspricht. Ein "fremdes" als zuständig bezeichnetes Gericht, das den erläuterungsbedürftigen Entscheid nicht gefällt hätte, könnte diesen lediglich auslegen, jedoch nicht erläutern. Aus diesen Gründen ist die Zuständigkeit zwingender Natur. Für ein im Kanton Zürich ergangenes Scheidungsurteil heisst dies konkret, dass es vom Gericht am Orte des Scheidungsklägers (Art. 144 ZGB) zu erläutern ist.

Befindet sich der Scheidungsprozess im Berufungsverfahren vor Obergericht und stellt sich heraus, dass das erstinstanzliche Urteil erläuterungsbedürftig ist, halte ich dafür, dass das Obergericht, statt das erstinstanzliche Urteil auszulegen, das Verfahren so lange sistiert, bis über das erstinstanzliche Urteil ein rechtskräftiger Erläuterungsentscheid des zuständigen Gerichts vorliegt. Dieses Vorgehen scheint mir gerechtfertigt, weil die Auslegung des Erstentscheides vorliegend durch das Obergericht eine objektive, "lediglich" auf Vertrauensprinzip abstellende Auslegung zu sein hat,⁴⁵⁾ der gegenüber die

45) KELLER/SCHOEBI, S. 98 ff.; STUDER, S. 26 f.; VON TUHR/PETER, S. 285 ff.; MEIER-HAYOZ, N 132 ff. zu Art. 1 ZGB

Erläuterung als authentische Interpretation der ersten Instanz der Vorzug zu geben ist. Dasselbe hat z.B. im Abänderungsverfahren zu gelten. Stösst der Abänderungsrichter auf eine erläuterungsbedürftige Bestimmung, ohne deren Verdeutlichung das Urteil nicht abgeändert werden kann, hat er das Abänderungsverfahren zu sistieren, bis ein rechtskräftiger Erläuterungsentscheid vorliegt, es sei denn, er könne den Mangel sofort selbst beheben, weil dieser offensichtlich ist.

Im Verhältnis zwischen Obergericht und Bundesgericht liegt die Zuständigkeit zur Erläuterung ebenfalls nur dann beim Bundesgericht, wenn dieses in der Sache selbst entschieden hat, nicht aber gegenüber einem vorausgegangenen obergerichtlichen Entscheid (Art. 145 OG).⁴⁶⁾

Zuständig zur Behandlung des Erläuterungsgesuches ist die entscheidende Instanz als solche. Nicht erforderlich ist, dass dabei die nämlichen Richter persönlich mitwirken.⁴⁷⁾ Diese Lösung ist durchaus praxisbezogen, auch wenn sie nicht die wünschenswerteste ist. Wünschenswert wäre, dass die Erläuterung in derjenigen richterlichen Zusammensetzung vorgenommen werden könnte, die den zu erläuternden Entscheid beraten und gefällt hat. Dies ist jedoch praktisch nicht immer möglich, aus verschiedenen Gründen, wie z.B. wegen Ausscheidens eines Richters wegen Pensionierung oder Ablebens. Das erläuternde Gericht sollte darauf achten - und es wäre angezeigt gewesen, dies als Ordnungsvorschrift im GVG zu verankern - zumindest den Referenten betreffend

46) BIRCHMEIER, N 2 zu Art. 145 OG

47) HAUSER/HAUSER, N 2 zu § 176 aGV

das zu erläuternde Scheidungsurteil zur Behandlung des Erläuterungsgesuches hinzuziehen, um hinreichend beurteilen zu können, ob das vom Gericht Erklärte auch mit dem von ihm Gewollten übereinstimme oder nicht.

Denkbar ist der Fall, dass ein zwischen Schweizern gefälltes ausländisches Scheidungsurteil sich später in einem schweizerischen Abänderungsverfahren als erläuterungsbedürftig herausstellt. Diesfalls ist der nun richtigerweise zuständige schweizerische Abänderungsrichter gar nicht in der Lage, das ausländische Urteil zu erläutern. Er hat es daher auf schweizerische Verhältnisse angepasst auszulegen, um in der Folge die Abänderung des Urteils nach schweizerischem Recht vornehmen zu können.

II. Verfahrensart

Das Erläuterungsverfahren wird deshalb in vorliegender Arbeit als Nachverfahren bezeichnet, weil es ein neues, eigenes Verfahren darstellt und trotzdem im Zusammenhang mit dem Scheidungsprozess steht.

Das Verfahren selbst wird schriftlich mit Gesuch und dessen Beantwortung durchgeführt (§ 163 und 164 GVG). Der Richter ist nicht an die Parteianträge gebunden.⁴⁹⁾ Er hat den erläuterungsbedürftigen Entscheid so frei zu verdeutlichen können, dass sein diesem zugrundegelegter

48) Vgl. Art. 64 IPR-Gesetzesentwurf

49) Wie bei doppelseitigen Klagen, die einen tatsächlichen Zustand regeln: STRAEULI/MESSMER, N 11 zu § 54 ZPO mit Verweisen

Entscheidungswille vollständig zum Ausdruck kommt. Dabei kann es vorkommen, dass der erkennende Richter den erläuterungsbedürftigen Entscheid derart fasst, ohne dass ein entsprechender Antrag der klagenden oder beklagten Partei von ihm berücksichtigt worden ist. Diese Befugnis wird dadurch gestützt, dass der Richter die Erläuterung auch von Amtes wegen vornehmen kann⁵⁰⁾ (§ 162 GVG).

Das Erläuterungsverfahren sieht kein neues Beweisverfahren vor. Dies ist auch nicht notwendig, bezweckt doch die Erläuterung nicht eine materielle Veränderung des Entscheides, über die zusätzlich Beweis erhoben werden müsste. Der ursprünglich gewollte und klar gedachte Entscheid bleibt derselbe. Er wird lediglich verdeutlicht.

III. Verfahrensabschnitte

Das Erläuterungsverfahren zerfällt in zwei Stufen, nämlich in die Vorfrage über die Voraussetzungen der Erläuterung, d.h. darüber, ob die Bestimmungen des zu erläuternden Entscheides unklar oder sich widersprechend seien, und sodann in den Hauptentscheid, bestehend in der Erläuterung. Wird allerdings die Vorfrage verneint, so entfällt diese zweite Stufe.⁵¹⁾ Demnach zerfällt das Erläuterungsverfahren in den Zulassungs- und den Erläuterungsentscheid, oder aber es wird bereits mit dem Nichtzulassungs- als sog. negativem Erläuterungsentscheid beendet.

50) Vgl. im folgenden IV. und V.

51) HAUSER/HAUSER, N 1 zu § 179 aGVG

Der Nichtzulassungsentscheid kann m.E. allein auf Grund des Erläuterungsgesuches ergehen. Der Zulassungsentscheid darf jedoch erst nach der Beantwortung des Gesuches gefällt werden, muss der Gegenpartei doch die Gelegenheit gegeben werden, Einwendungen gegen das Gesuch - die allenfalls wieder zum Nichtzulassungsentscheid führen - zu erheben oder weitere Anträge zu stellen.

IV. Das Erläuterungsgesuch

1. Form

Das Erläuterungsgesuch hat gemäss § 163 GVG schriftlich zu erfolgen.

2. Inhalt

Auf das Erläuterungsgesuch kann jedoch grundsätzlich nur eingetreten werden, wenn es nebst der Schriftform die beanstandeten Stellen und die verlangte Fassung dieser Stellen nennt (§ 163 GVG 2. Satz). Durch die Pflicht zur Vorlegung einer neuen Fassung dieser Stellen wird der Gesuchsteller angewiesen, von seinem Standpunkte aus betrachtet, dem Richter nochmals zu zeigen, worin die Unklarheit liegen soll.⁵²⁾ Das heisst aber m.E. nicht, dass der Richter bei der Erläuterung an die vorgeschlagene Fassung und eben auch nicht an den Antrag des Gesuchstellers gebunden ist. Es spielt auch keine Rolle, ob der Gesuchsgegner zum Gesuch Stellung genommen hat. Die Beantwortung des Gesuches ist freiwillig (§ 164 GVG). Der

52) HAUSER/HAUSER, N 4 zu § 177 aGVG

Richter hat die neue Formulierung seinem klar gedachten und gewollten Entscheid anzupassen.

Denkbar ist folgender Fall: Die erläuterungsbedürftige Bestimmung lautet:

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an die Kosten des Unterhaltes und der Erziehung des Kindes Hans, geb. am 26. Februar 1980, einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 500.-- zu bezahlen, zahlbar ...

Der Gesuchsteller beantragt:

....einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 500.-- zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar

Der Richter formuliert auf Grund seines ursprünglich gewollten Entscheides:

....einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 400.-- zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar ...

Vorliegend stellte sich also heraus, dass die Kinderzulage von Fr. 100.-- pro Monat in den Fr. 500.-- enthalten waren. Der Richter hat die Bestimmung zu Ungunsten des Gesuchsstellers formuliert.

Ist einmal ein Zulassungsentscheid ergangen, muss m.E. die zu erläuternde Bestimmung im Sinne eines positiven Erläuterungsentscheides erläutert werden. Einen abweisenden Erläuterungsentscheid zu erlassen, weil sich das Erläuterungsgesuch mit der Erläuterung inhaltlich nicht decke, halte ich zur Vermeidung eines neuerlichen Erläu-

terungsgesuches und in Anbetracht, dass die Möglichkeit der Erläuterung von Amtes wegen besteht, für verfehlt.

3. Frist

Das GVG unterstellt das Erläuterungsgesuch keiner Frist. Hat nun aber der Verpflichtete während Jahren auf Grund der an sich erläuterungsbedürftigen Bestimmung, welche sich z.B. nicht über die Kinderzulagen ausspricht, den monatlichen Unterhaltsbeitrag zuzüglich Kinderzulagen bezahlt, so kann er nicht Jahre später ein Erläuterungsgesuch stellen, in der Meinung, die Kinderzulagen seien im monatlichen Unterhaltsbeitrag enthalten. Dazu wird in ZR 72 (1973) Nr. 28 zutreffend ausgeführt, unklare Bestimmungen unterlägen auch nach Ablauf der Rechtsmittelfristen solange der Erläuterung, als dafür überhaupt ein Interesse bestehe. Freilich könne die verzögerte Ausübung eines unbefristeten Rechtes missbräuchlich sein oder gar die Annahme eines Verzichts erlauben, doch setze dies voraus, dass die frühere Ausübung zumutbar gewesen sei, dass die Verzögerung dem Gegner nachteilig sei und dass dieser habe in guten Treuen auf die Untätigkeit vertrauen dürfen.⁵³⁾

4. Adressat

Das Erläuterungsgesuch ist beim für die Erläuterung zuständigen Richter einzureichen. Ist gleichzeitig betreffend das zu erläuternde Urteil ein anderes Verfahren

53) MERZ, N 525 ff. zu Art. 2 ZGB

anhängig, wie z.B. ein Abänderungsverfahren, ist der für dieses Verfahren zuständige Richter m.E. unbedingt über das Erläuterungsgesuch zu orientieren, falls dieser nicht bereits wegen des erläuterungsbedürftigen Entscheides "sein" Verfahren sistiert hat.

V. Erläuterung von Amtes wegen

§ 162 GVG sieht die Erläuterung von Amtes wegen ausdrücklich vor. Die Erläuterung von Amtes wegen ist m.E. überall dort angebracht, wo sich die Parteien der Erläuterungsbedürftigkeit des Entscheides nicht ohne weiteres bewusst sein können. Zudem muss sich die Erläuterungsbedürftigkeit des Entscheides bzw. der betreffenden Bestimmung, für die Parteien nachteilig auswirken.

Sieht z.B. der Abänderungsrichter, dass das Scheidungsurteil zwar nicht abgeändert werden könne, dass es jedoch im einen oder andern Punkt erläuterungsbedürftig sei, andernfalls das Urteil nicht vollstreckt werden könne, so ist es im Interesse der Parteien angezeigt, wenn der Abänderungsrichter durch Ueberweisung an den zuständigen Richter ein Erläuterungsverfahren in die Wege leitet. Nur mit dem Hinweis an die Parteien, es bestehe die Möglichkeit eines Erläuterungsverfahrens, ist zwar der richterlichen Pflicht in einem solchen Falle Genüge getan, jedoch bei rechtsunkundigen Parteien, die erfahrungsgemäss nur mit grösster Ueberwindung den Schritt an das Gericht wagen, nicht befriedigend. Dem zuständigen Richter bliebe immer noch die Möglichkeit, die Erläuterung von Amtes wegen abzulehnen, und zwar aus denselben Gründen, wie er auch ein Erläuterungsgesuch der Parteien ablehnen könnte. Er wäre also an die Ueberweisung eines andern Richters nicht gebunden.

HAGGER sieht die Erläuterung von Amtes wegen deshalb als nachteilig an, weil das Gericht von sich aus den Erstentscheid wieder anfechtbar mache.⁵⁴⁾ Nimmt der Richter jedoch die Erläuterung von Amtes wegen nur dann vor, wenn die Interessen der Parteien im Vordergrund stehen, so haben diese auch ein Recht, von der Neueröffnung der Rechtsmittelfristen und damit der erneuten Anfechtbarkeit des Erstentscheides zu profitieren. Es geht m.E. nicht an, die Parteien mit einem erläuterungsbedürftigen Entscheid, welchen das Gericht mangelhaft gefällt hat, und welcher der einen oder andern Partei zum Nachteil gereichen könnte, zurückzulassen.

Entdeckt der Scheidungsrichter noch während der Berufungsfrist eine erläuterungsbedürftige Bestimmung im Scheidungsurteil, so sollte er - um ein nachträgliches Erläuterungsverfahren verbunden mit einer Sistierung des Berufungsverfahrens zu vermeiden - sofort die Erläuterung von Amtes wegen vornehmen. Vorauszusetzen ist auch hier, dass dies immer im vordringlichen Interesse der Parteien geschieht.

Die Erläuterung von Amtes wegen ist m.E. auch dann vorzunehmen, wenn der Wortlaut des Erläuterungsgesuches oder dessen Sinn sich mit dem, was der Richter in seinem ursprünglichen Entscheid aussagen wollte, nicht decken, die betreffende Bestimmung sich aber trotzdem als erläuterungsbedürftig erweist.⁵⁵⁾

54) HAGGER, S. 147

55) Vgl. vorne II.

VI. Der Erläuterungsentscheid

1. Entscheidform

Die Erläuterung ist als Akt der Prozess erledigung anzusehen.⁵⁶⁾ Sie erfolgt damit durch den Einzelrichter mittels Verfügung und - u.a. beim Scheidungsurteil - durch das Richterkollegium mittels Beschluss.

Wird das Erläuterungsgesuch abgelehnt, so ist dieses im Sinne eines Nichtzulassungsentscheides nicht abzuweisen, sondern es ist darauf nicht einzutreten.

2. Neufassung des Entscheides

Wird das Erläuterungsgesuch angenommen oder das Verfahren von Amtes wegen anhängig gemacht, ist der Entscheid zu erläutern. Dies heisst jedoch nicht, dass der erläuterte Entscheid im Dispositiv regelmässig anders oder neu gefasst würde. Decken sich der Wortlaut des Erläuterungsgesuches oder dessen Sinn mit dem, was das Gericht ursprünglich entscheiden wollte, so ist das Dispositiv im Sinne des Erläuterungsgesuches neu zu fassen.⁵⁷⁾ Eine Erläuterung ohne Neufassung des Dispositives liegt dann vor, wenn das Gericht selbst in den Erwägungen mehrere Auslegungen für möglich hält und eine davon als verbindlich erklärt. Wurde nicht das Dispositiv, sondern wurden die Entscheidungsgründe erläutert, liegt in einem solchen Falle gleichwohl eine Neufassung des Erstentscheides vor.⁵⁸⁾

56) HAUSER/HAUSER, N 2 zu § 179 aGVG; ZR 53 (1954) Nr. 58

57) Ueber eine Neufassung ohne inhaltliche Deckung mit dem Erläuterungsgesuch im Sinne der Erläuterung von Amtes wegen vgl. vorne, IV. 2.

58) ZR 79 (1980) Nr. 6

Selbstverständlich müssen auch Scheidungskonventionen im Rahmen des ganzen Entscheides neu gefasst werden können.

3. Neueröffnung der Rechtsmittelfristen

a) Gesetzliche Regelung

Gemäss § 165 GVG werden die Rechtsmittelfristen den Parteien neu eröffnet, wenn ein Entscheid auf das Erläuterungsbegehren hin anders gefasst wird. Wann der Entscheid anders oder neu gefasst wird, wurde bereits oben ausgeführt. Wiederholt sei nochmals, dass die Frist zur Ergreifung des ursprünglichen Rechtsmittels den Parteien auch dann neu eröffnet wird, wenn die Entscheidung im Dispositiv nicht anders gefasst wurde, die frühere Entscheidung sich aber doch als erläuterungsbedürftig erwiesen hat, und die Erläuterung nur in der Begründung enthalten ist.⁵⁹⁾

b) Umfang

Nach der zürcherischen Praxis bleibt der Umfang der Neueröffnung auf die erläuterten Punkte beschränkt.⁶⁰⁾ Diese Beschränkung findet ihre Ausnahme bei Scheidungskonventionen: Scheidungskonventionen werden vom Richter im Scheidungsverfahren als ganzes genehmigt.⁶¹⁾ Wird nun eine Bestimmung in der Scheidungskonvention neu gefasst, so muss es der betreffenden Partei möglich sein, die neue Fassung, der ein Willensmangel dieser

59) ZR 62 (1963) Nr. 40, S. 112

60) ZR 79 (1980) Nr. 6, S. 6

61) TUOR/SCHNYDER, S. 163

Partei zugrundeliegt, anzufechten. Hierbei kommen die Vorschriften von Art. 23 ff. OR über die Willensmängel zur Anwendung.⁶²⁾ Gemäss Art. 23 OR ist der Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Der Vertrag bzw. die Scheidungskonvention muss also als ganzes angefochten werden können.

Demnach ist bei der Anfechtung der Scheidungskonvention die Beschränkung der Neueröffnung der Rechtsmittelfristen auf nur die erläuterten Punkte ausgeschlossen.

4. Die Anfechtbarkeit des Erläuterungsentscheides

Der Erläuterungsentscheid beendet das Erläuterungsverfahren. In diesem Sinne ergehen als prozesserledigende Entscheide entweder der Nichtzulassungsentscheid, der zum Inhalt hat, dass die Erläuterungsbedürftigkeit des Entscheides nicht gegeben sei, oder der positive Erläuterungsentscheid, in dem die Erläuterung der betreffenden Bestimmung oder Bestimmungen des Erstentscheides vorgenommen werden. Als prozesserledigende Entscheide sind Nichtzulassungsentscheid wie positiver Erläuterungsentscheid im Kanton Zürich mittels Rekurs gemäss § 271 Ziff. 2 ZPO anfechtbar, unabhängig davon, ob der Erläuterungsentscheid als Verfügung oder wie im Erläuterungsverfahren bezüglich eines Scheidungsurteils als Beschluss ergeht. Anders verhält es sich mit dem Zulassungsentscheid,⁶³⁾ der die Voraussetzungen zur Erläuterung als gegeben feststellt.

62) STUDER, S. 45

63) Vgl. vorne, III.

Der Zulassungsentscheid ist ein prozessleitender Entscheid, der - die Vorfrage über die Zulässigkeit des Erläuterungsgesuches bejahend - die eigentliche Erläuterung des erläuterungsbedürftigen Entscheides erst zulässt.⁶⁴⁾ Ein solcher prozessleitender Entscheid ist nicht mit Rekurs anfechtbar, weil in § 271 Ziff. 5 ZPO die Aufzählung der anfechtbaren prozessleitenden Entscheide abschliessend ist.⁶⁵⁾ Es bleibt die Anfechtung mittels Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 282 ZPO, die lediglich in dem Falle begründet sein könnte, wenn damit ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden kann (§ 282 Ziff. 2 ZPO). Dazu ist zu bemerken, dass sich das Erläuterungsverfahren m.E. keinesfalls zu einem weitläufigen Verfahren auszuweiten hat, sondern der zuständige Richter muss m.E. für ein rasches Verfahren sorgen. Dies im Interesse der Parteien und allfälliger wegen der Erläuterungsbedürftigkeit des betreffenden Entscheides sistierter Verfahren, soll doch möglichst rasch die Rechtsunsicherheit beseitigt werden.

5. Kostenauflage

Bei der Kostenauflage ist m.E. zwischen positivem Erläuterungsentscheid und Nichtzulassungsentscheid zu differenzieren. Wird das Erläuterungsgesuch nicht zugelassen, so hat der Gesuchsteller, weil er das Verfahren verursacht bzw. anhängig gemacht hat, und mit seinem Gesuch unterlegen ist, die Kosten dafür zu tragen (§ 64 Abs. 2 ZPO; §

64) Im Kanton Zürich wird in der Praxis der Zulassungsentscheid nicht sichtbar gefällt. Es bedarf eines Antrages, damit ein selbständiger Zulassungsentscheid erlassen wird (WEBER, S. 72).

65) STRAEULI/MESSMER, N 19 zu § 271 ZPO

201 GVG). Sind der Gegenpartei Umtriebe entstanden, so hat der Gesuchsteller diese zudem zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 und § 69 ZPO), wobei die Entschädigung in Anbetracht, dass das Erläuterungsverfahren ein rasches Verfahren zu sein hat, und die Beantwortung des Gesuches der Gegenpartei freigestellt ist, in Anlehnung an das summarische Verfahren m.E. bescheiden zu halten ist.⁶⁶⁾

Ist das Gesuch zugelassen und der Entscheid erläutert worden, so sind die Kosten m.E. gemäss § 66 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen.⁶⁷⁾ Dies rechtfertigt sich, weil der erläuterungsbedürftige Entscheid vom Gericht selbst gefällt worden ist, dieses also selbst den Mangel und damit im weiteren Sinne das Erläuterungsverfahren verursacht hat.⁶⁸⁾ Den "obsiegenden" Gesuchsteller in einem solchen Falle vom Staat aus für seine Umtriebe zu entschädigen, würde m.E. zu weit führen und ist in der ZPO des Kantons Zürich auch nicht vorgesehen.⁶⁹⁾

66) § 5 Abs. 2 der VO über die Anwaltsgebühren vom 22. Dezember 1976

67) Gl.M. MS, Zivil, 8.5.

68) Wird die Erläuterung von Amtes wegen vorgenommen, sind den Parteien erst recht keine Kosten aufzuerlegen.

69) Gl.M. MS, Zivil, 8.5.

§ 5 Die Abänderung des Scheidungsurteils

A. Begriff

Bei der Abänderung des Scheidungsurteils geht es um einen neu zu beurteilenden Sachverhalt und deshalb um einen neuen materiellen Anspruch, der durch Beweis der Veränderung der Verhältnisse gegenüber der geltenden bestehenden Ordnung des Scheidungsurteils dargetan werden muss.¹⁾ Die Abänderung des Scheidungsurteils soll dem Berechtigten deshalb möglich sein, weil bei den Tatsachen, die für das Scheidungsurteil massgebend waren, davon ausgegangen werden muss, dass sie sich in Zukunft eventuell anders gestalten, als zur Zeit der Ehescheidung anzunehmen war. Diese Diskrepanz zwischen Wirklichkeit und den dem Scheidungsurteil zugrunde gelegenen Tatsachen will das Abänderungsverfahren ausgleichen. Aus diesem Grunde können einzig und allein diejenigen Tatsachen, die im Scheidungsurteil nicht berücksichtigt wurden und erst seit Ausfällung des Scheidungsurteils eingetreten sind, bei der Abänderung berücksichtigt werden.²⁾

Zu unterscheiden ist im Abänderungsverfahren die Abänderung des Scheidungsurteils gemäss den Voraussetzungen in Art. 153 i.V.m. Art. 286 Abs. 2 ZGB bezüglich Unterhalt von der Abänderung gemäss den Voraussetzungen in Art. 157 ZGB bezüglich Elternrechte.

1) BGE 67 II 66; 85 II 69

2) FRICK, S. 80

B. Gesetzliche Regelung und praktische Bedeutung

I. Gesetzliche Regelung

1. Formelles Recht

Im ZGB finden sich keine verfahrensrechtlichen Regelungen über die Abänderung des Scheidungsurteils. Solche Regelungen sind den Kantonen überlassen, wobei jedoch seit 1916 das Bundesgericht für das Abänderungsverfahren verbindliche Zuständigkeitsvorschriften aufgestellt hat.³⁾

Da es sich beim Abänderungsverfahren um einen ordentlichen Prozess handelt, sind grundsätzlich die allgemeinen Verfahrensgrundsätze des kantonalen Prozessrechts auf das Abänderungsverfahren anzuwenden. Spezielle Bestimmungen über das Abänderungsverfahren sind in der zürcherischen ZPO unter dem 6. Abschnitt, "Besondere Vorschriften für Prozesse über den Personenstand und für familienrechtliche Prozesse" statuiert.

2. Materielles Recht

Das materielle Recht des ZGB regelt die materiellen Voraussetzungen für eine Abänderungsklage. Aus den Art. 153, 157 und 286 ZGB kann z.B. die ebenfalls zu den materiellen Voraussetzungen gehörende Klagelegitimation⁴⁾ abgeleitet werden.

II. Praktische Bedeutung

Unter der Abänderung, der Erläuterung, der Ergänzung und

3) Vgl. vorne, § 2. A. I.; B. I.

4) WALDER, S. 272, A 4

der Revision des Scheidungsurteils ist wohl die praktische Bedeutung der Abänderung allein wegen ihrer grossen Anzahl von Verfahren am grössten. Eingangs dieser Arbeit wurde bereits ausführlich dargelegt, dass die hohe Scheidungsrate in der heutigen Gesellschaft auch die Anzahl der Nachverfahren, insbesondere der Abänderungsverfahren ansteigen lässt.⁵⁾ Mit der Scheidung ist meist der Konflikt zwischen den Parteien nicht beendet. Oft kommt sich die durch das Scheidungsurteil belastete Partei ungerecht behandelt vor und wird nach Möglichkeiten suchen, das Scheidungsurteil zu ihren Gunsten wieder abändern zu lassen. Dies trifft vor allem dann zu, wenn die seelische Belastung durch grössere finanzielle Verpflichtungen noch erhöht wird. Die zu Unterhaltsleistungen verpflichtete Partei ist zu oft nicht mehr bereit, sich wegen Unterstützungspflichten gegenüber der Familie, die nach der Scheidung nicht mehr intakt ist, finanziell rigoros einzuschränken. Dies zeigen die vielen Betreibungen, die wegen nicht erfolgten Zahlungen von Unterhaltsbeiträgen vom Berechtigten eingeleitet werden. In vielen Fällen begründet der Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren seinen Rechtsvorschlag untauglicherweise damit, der Unterhaltsbeitrag, den er gemäss Scheidungsurteil zahlen müsse, sei zu hoch angesetzt. Da dem Rechtsöffnungsrichter keine Kompetenz zusteht, die Höhe des Unterhaltsbeitrages auf seine Angemessenheit hin zu überprüfen, verweist er den Schuldner auf das Abänderungsverfahren. In diesem Stadium können m.E. viele Abänderungsverfahren vermieden werden, indem der Rechtsöffnungsrichter den Schuldner über die

5) Vgl. vorne, § 1.B.II.

strengen Voraussetzungen, die an die Abänderung gestellt werden, aufklärt.⁶⁾ Derjenige Schuldner, der sich finanziell aus Bequemlichkeit nicht einschränken will, grundsätzlich aber die Unterhaltsbeiträge zu leisten imstande wäre, würde dann vermutlich von der Einleitung eines Abänderungsverfahrens absehen.

6) Ueber eine umfassendere Voraufklärung durch den Betreibungsbeamten vgl. hinten, E. 4.

C. Das Wesen der Abänderung

I. Selbständiger Prozess

Beim Abänderungsverfahren handelt es sich um einen selbständigen Prozess. Handelte es sich nämlich um eine Fortsetzung des Scheidungsverfahrens, müsste wieder die gleiche Frage zur Diskussion stehen wie im Scheidungsprozess; die gleichen Parteien würden wieder vor den Richter treten und die Verteilung der Beweislast wäre in beiden Fällen die gleiche.⁷⁾ Dies ist im Abänderungsverfahren nicht der Fall. Es handelt sich bei der Abänderung nicht um ein Wiederaufleben des Scheidungsverfahrens, sondern um einen neuen Prozess, weil mit Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils der Scheidungsprozess sein Ende erreicht.⁸⁾ Das Bundesgericht hat diese Ansicht im Laufe der Jahre mehrmals bestätigt, indem es ausführte, das Abänderungsverfahren stelle gegenüber dem Scheidungsprozess einen neuen, selbständigen Rechtsstreit dar. Es gehe um einen neuen Sachverhalt und um einen neuen materiellen Anspruch.⁹⁾

II. Abgrenzung gegenüber der Erläuterung

Die Ausführungen unter § 4 über die Erläuterung haben gezeigt, dass mittels der Erläuterung das zu erläuternde Urteil materiell nicht abgeändert, sondern lediglich klarer formuliert bzw. verdeutlicht werden dürfe. Mit der Abänderung versucht eine Partei eine neue richterliche

7) ROSENBERG/SCHWAB, S. 1013

8) BGE 46 II 338

9) BGE 51 II 97; 61 II 26; 67 II 66; 85 II 169

Entscheidung eines rechtskräftigen Entscheides herbeizuführen. Dieser Hauptunterschied entspringt den unterschiedlichen Voraussetzungen, die für eine Erläuterung gegenüber der Abänderung des Scheidungsurteils gegeben sein müssen. Bei der Erläuterung bedarf es eines Fehlers in der richterlichen Äusserung, bei der Abänderung einer derartigen Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nach Erlass des rechtskräftigen Scheidungsurteils, dass zwischen der im Scheidungsurteil getroffenen Regelung und der im Moment der Anhebung der Abänderungsklage tatsächlich bestehenden Lage eine erhebliche Diskrepanz besteht.
10)

Hinsichtlich der Entscheidformen bestehen ebenfalls Unterschiede. Der Erläuterungsentscheid ergeht als prozess erledigender Entscheid über einen nicht neu zu beurteilenden materiellen Anspruch als Verfügung oder Beschluss,¹¹⁾ der Abänderungsentscheid ebenfalls als prozess erledigender Entscheid, jedoch in der Sache selbst und daher als Urteil.¹²⁾

10) FRICK, S. 44

11) Ein Beschluss erfolgt gemäss MS unrichtigerweise dann, wenn das Urteil mittels einer Konvention abgeändert worden ist (MS, Zivil 12.62); vgl. hinten, H. III.

12) MS, Zivil, 8.5.; 12.5.; 12.6.

D. Gegenstand der Abänderung

I. Das rechtskräftige Scheidungsurteil

Obgleich das Scheidungsurteil in Rechtskraft erwächst, ist die Abänderungsklage gegen dieses möglich. Die Rechtskraft hat zwar grundsätzlich im Interesse der Rechtssicherheit unnachgiebig zu sein, muss aber gerade in einem solchen Fall wie der Abänderungsklage durchbrochen werden können. Die Möglichkeit auf Abänderung des Scheidungsurteils ist ein Beispiel für die Anpassungsfähigkeit des Rechtes, für die Berücksichtigung von konkreten Lebensverhältnissen. Vielfach wird die Meinung vertreten, diese Anpassung an die veränderten Verhältnisse beruhe im Sinne einer Rechtswohltat auf der *clausula rebus sic stantibus* aus dem Vertragsrecht.¹³⁾ Deren Anwendung auf das Familienrecht ist jedoch zu verneinen.¹⁴⁾ Vielmehr ist die Ansicht zu unterstützen, das Abänderungsverfahren sei ein vom Gesetz aufgestelltes Mittel zur Beseitigung der Rechtskraft.¹⁵⁾ Dies heisst aber nicht, dass während des Abänderungsverfahrens, das als ordentlicher Prozess recht lange dauern kann, ein rechtsloser Zustand herrsche, weil die Rechtskraft des Scheidungsurteils beseitigt und das Abänderungsurteil noch nicht gefällt sei. Während des Abänderungsverfahrens bleibt das Scheidungsurteil rechtskräftig. Dieses verliert seine Rechtskraft erst, wenn das Abänderungsurteil wiederum rechtskräftig geworden ist. Das heisst, dass bei Abweisung der Abänderungsklage das Scheidungsurteil weiterhin verbindlich ist, bei deren

13) MICHEL, S. 32; BRANDENBERGER, S. 34; EGGER, N 1 zu Art. 157 ZGB; GMUER, N 2 zu Art. 157 ZGB

14) So ausdrücklich BGE 51 II 21

15) WAESCH, S. 44 f.

Gutheissung die neue Rechtslage grundsätzlich ex nunc mit der Rechtskraft des Abänderungsurteils eintritt.

Die Tatsache, dass das Scheidungsurteil bis Eintritt der Rechtskraft des Abänderungsurteils seinerseits rechtskräftig bleibt, hat zur Konsequenz, dass das Scheidungsurteil während des Abänderungsverfahrens als definitiver Rechtsöffnungstitel weiterhin vollstreckbar ist.

1. Die ausdrückliche Regelung im Dispositiv

Selbstverständlich und auch nicht bestritten ist, dass die Nebenfolgen - die Bedürftigkeitsrente nach Art. 152 ZGB und die Elternrechte nach Art. 156 ZGB - abänderbar sind, wenn sie im Urteilsdispositiv eine ausdrückliche Regelung erfahren haben.

2. Die richterlich genehmigte Scheidungskonvention

Auch eine richterlich genehmigte Scheidungskonvention ist abänderbar, weil sie durch ihre Genehmigung Bestandteil des Scheidungsurteils wird.¹⁶⁾ Dies wird von Lehre und Rechtsprechung auch bestätigt, und zwar sowohl hinsichtlich der vermögensrechtlichen Nebenfolgen (Art. 153 ZGB), als auch der Elternrechte (Art. 157 ZGB).¹⁷⁾ Da die Elternrechte jedoch der Offizialmaxime unterstehen, ist nicht anzunehmen, dass ihre Regelung - im Gegensatz zu den vermögensrechtlichen Nebenfolgen - oft in einer genehmig-

16) Vgl. vorne, § 3. B. II. 2.

17) WAESCH, S. 24; GYGAX, S. 40; BUEHLER/SPUEHLER, N 9 f. zu Art. 153 ZGB; BGE 79 II 138; 101 II 19; ZR 69 (1970) Nr. 3

ten Scheidungsvereinbarung zu finden ist, sondern dass sie der Richter in separate Bestimmungen ins Dispositiv aufgenommen hat.¹⁸⁾

II. Die aussergerichtliche, das Urteil bereits abändernde Vereinbarung

Unter einer aussergerichtlichen Vereinbarung unter diesem Titel ist die Vereinbarung zu verstehen, die von den Parteien nach ergangenem und rechtskräftigem Scheidungsurteil getroffen wurde, ohne dass sie durch den Richter innerhalb eines Verfahrens nochmals genehmigt worden ist. Nicht jede solcher Vereinbarungen entfaltet jedoch ohne richterliche Genehmigung Rechtswirkungen. Eine Vereinbarung in Bezug auf die Elternrechte und die sonstigen Kinderbelange, die der Offizialmaxime unterstehen, müssen m.E. immer gemäss Art. 158 Ziff. 5 ZGB vom Richter genehmigt werden, damit sie Rechtswirkungen entfalten.¹⁹⁾ Ist also eine aussergerichtliche Vereinbarung über die Elternrechte mangels Genehmigung nicht rechtsverbindlich, kann sie natürlich auch nicht Gegenstand einer Abänderung sein.

Anders verhält es sich mit aussergerichtlichen Vereinbarungen über die vermögensrechtlichen Nebenfolgen, wie z.B. über die Unterhaltsrente des verpflichteten Mannes an die berechtigte Frau. Solche Regelungen stehen unter der Dispositionsmaxime. Wird nun nach rechtskräftigem Schei-

18) Vgl. vorne, § 3. F. B. I. 1.

19) Gl.M. BGE 94 II 5; HEGNAUER, N 40 zu Art. 274 u. N 176 f. zu aArt. 272 ZGB; EGGER, N 17 zu Art. 158; BAENNINGER S. 194; SCHULTHESS, S. 73; MICHEL S. 65

dungsurteil die richterliche Regelung durch die Parteien in einer Vereinbarung geändert, muss diese nach neuerer Praxis nicht mehr vom Richter genehmigt werden.²⁰⁾ Gleichwohl oder gerade wegen dieser Praxis muss auch eine solche Vereinbarung der Abänderung gemäss Art. 153 ZGB zugänglich sein. WAESCH²¹⁾ führt dazu treffend aus, eine andere Lösung könne dem Sinn dieser gesetzlichen Bestimmung nicht gerecht werden. Denn Art. 153 ZGB solle unbillige Härten vermeiden und habe dann einzusetzen, wenn seine Voraussetzungen, d.h. veränderte Verhältnisse gegeben seien. Wäre dem bei einem aussergerichtlichen Abänderungsvertrag nicht so, würden erst recht Härten entstehen, da z.B. ein Pflichtiger, welcher die Renten nicht mehr aufbringen könne, kraft des Vertrages zur Leistung gezwungen wäre, obwohl sie den Charakter einer abänderbaren Bedürftigkeitsrente hätte. Er wäre sogar der Zwangsvollstreckung ausgesetzt. Die Rente nach Art. 152 ZGB²²⁾ wolle aber nur einer Notlage steuern, solange diese bestehe und der Pflichtige leistungsfähig sei.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Andernfalls müsste man auch aussergerichtliche Abänderungsvereinbarungen in Bezug auf vermögensrechtliche Nebenfolgen der richterlichen Genehmigung unterstellen, was m.E. ohnehin zum Schutz der Parteien angebracht wäre.

20) WAESCH, S. 24; BUEHLER/SPUEHER, N 11 zu Art. 153 ZGB; BGE 71 II 139 ff.; 107 II 12; ZR 77 (1978) Nr. 93

21) WAESCH, S. 24

22) Nicht einzig die Bedürftigkeitsrente ist abänderbar; in gewissen Fällen auch die Rente im Sinne von Art. 151 ZGB: vgl. dazu hinten, F. II.

E. Zuständigkeit

I. Sachliche Zuständigkeit

1. Grundsatz

Die sachliche Zuständigkeit wird grundsätzlich vom kantonalen Recht geregelt. So bestimmt § 196 ZPO, dass für Abänderungsklagen die Bezirksgerichte zuständig seien. Daraus kann abgeleitet werden, dass es sich beim Abänderungsverfahren um einen ordentlichen Prozess handelt.²³⁾ Diese Zuständigkeit gilt sowohl für Abänderungsklagen nach Art. 153 Abs. 2 ZGB bezüglich Unterhaltsbeiträge als auch nach Art. 157 ZGB bezüglich Elternrechte, wobei sie gemäss § 196 Ziff. 4 ZPO vom Streitwert nicht berührt wird.²⁴⁾

2. Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden

Art. 315 und 315a ZGB teilen unter gewissen Voraussetzungen die sachliche Zuständigkeit einerseits dem Zivilrichter, andererseits der Vormundschaftsbehörde zu. Diese Zuteilung bestimmt m.E. eindeutig, dass im Scheidungsprozess vorbehältlich der in Art. 315a Ziff. 1 und 2 genannten Ausnahmen der Scheidungsrichter die Elternrechte gestaltet und die nötigen Kindesschutzmassnahmen anordnet. Wie verhält es sich aber im Abänderungsprozess? Das ZGB bestimmt lediglich in Art. 315a Abs. 3, dass die vormundschaftlichen Behörden die vom Richter getroffenen Kindesschutzmassnahmen in Bezug auf einen Elternteil ändern können, wenn sich die Verhältnisse nach Erlass des

23) Mit der Ausnahme, dass es ohne Sühnverfahren direkt anhängig gemacht wird (§ 196 ZPO)

24) STRAEULI/MESSMER, N 41 zu § 196 ZPO

Scheidungsurteils geändert haben und sofern durch die Aenderung der Kindesschutzmassnahmen die Stellung des andern Elternteils nicht unmittelbar berührt wird.

Damit sei vorerst einmal festgestellt, dass sich das Problem der Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Abänderungsrichter und Vormundschaftsbehörde auf die Kindeschutzmassnahmen beschränkt. Dies wirft sofort die Frage auf, ob denn die Zuteilung der elterlichen Gewalt, um die es im Abänderungsverfahren bezüglich der Elternrechte zur Hauptsache geht, eine solche Kindeschutzmassnahme darstelle oder nicht. Dazu wird in ZR 84 (1985) Nr. 127 S. 287 f. ausgeführt: "Würde man streng dem Wortlaut des Art. 315a Abs. 3 ZGB folgen, so wären die vormundschaftlichen Behörden gegenüber Scheidungskindern nur dann zuständig zum Erlass von Kindeschutzmassnahmen, wenn bereits der Richter bei der Scheidung tatsächlich Massnahmen nach Art. 307 ff. ZGB getroffen hat, nicht aber, wenn er von dem ihm in Abs. 1 eingeräumten Befugnis gar keinen Gebrauch gemacht hat. Das kann nicht zutreffen. Schon unter dem früheren Recht war es unbestritten, dass die vormundschaftlichen Behörden auf Grund neuer, seit der Scheidung bekannt gewordener Tatsachen die nötigen Kindeschutzmassnahmen anordnen dürfen (HEGNAUER, N 189, 198 und 203 zu aArt. 283 ZGB). Das neue Kindesrecht hat daran nichts geändert. Sind aber die vormundschaftlichen Behörden zum Erlass von Kindeschutzmassnahmen befugt, ohne dass der Richter selber solche angeordnet hat, so ändern sie keine vom Richter getroffenen Kindeschutzmassnahmen nach Art. 307 ff. ZGB, sondern greifen in die elterliche Gewalt des vom Richter bestimmten Elternteils ein, um sie diesem im schwersten Fall sogar zu entziehen (Art. 311/312 ZGB). Demnach beschränkt sich der Begriff "der vom Richter

getroffenen Kindesschutzmassnahmen" in Art. 315a Abs. 3 ZGB nicht auf die Massnahmen nach Art. 307 ff. ZGB, sondern kann auch die richterliche Gestaltung der Elternrechte betreffen (HEGNAUER in ZVW 36 (1981) S. 16 f.)."

Dieser Ansicht ist m.E. zuzustimmen. Denn kann die Vormundschaftsbehörde einem Elternteil die elterliche Gewalt entziehen, warum soll sie dann nicht auch die elterliche Gewalt einem Elternteil zuteilen können. Allerdings darf dadurch die Stellung des andern Elternteils nicht unmittelbar berührt werden. Deshalb ist die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde zur Zuteilung der elterlichen Gewalt an einen Elternteil nur gegeben, wenn der andere Elternteil als Inhaber der elterlichen Gewalt gestorben ist und durch die "Umteilung" der elterlichen Gewalt nicht berührt wird.²⁵⁾ Leben noch beide Elternteile, so bleibt gemäss Art. 157 ZGB auf jeden Fall der Abänderungsrichter für die Zuteilung der elterlichen Gewalt zuständig.²⁶⁾

Ich halte dafür, im Falle des Todes des Inhabers der elterlichen Gewalt, Richter und Vormundschaftsbehörde für die Zuteilung der elterlichen Gewalt für zuständig zu erklären.²⁷⁾ Dem überlebenden Elternteil soll das Abänderungsverfahren gemäss Art. 157 ZGB jederzeit offen-

25) Dieser Sachverhalt liegt denn auch ZR 84 (1985) Nr. 127, in dem die Vormundschaftsbehörde für zuständig erklärt wird, zugrunde.

26) Art. 315a Abs. 3 ZGB; gl.M. offenbar BGE 107 II 100 ff.; 108 II 375 ff.

27) Anders im Scheidungsverfahren zum Besuchsrecht, wo sich eine "doppelte" Zuständigkeit als unpraktisch erweist: vgl. vorne, § 3. A. II. 3.

stehen. Es soll ihm jedoch auch möglich sein, bei der Vormundschaftsbehörde, der im Falle des Todes des Inhabers der elterlichen Gewalt von Gesetzes wegen obliegt, die unmündigen Kinder unter Vormundschaft zu stellen (Art. 368 Abs. 1 ZGB), einen Antrag auf Zuteilung der elterlichen Gewalt zu stellen.²⁸⁾

Hat jedoch die Vormundschaftsbehörde gestützt auf Art. 368 Abs. 1 ZGB bereits eine Vormundschaft errichtet und ein allfälliges Gesuch des überlebenden Elternteils um Einsetzung in die elterliche Gewalt ein erstes Mal abgewiesen, bleibt nur noch der Weg der Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils offen.²⁹⁾

Läuft ein Verfahren der Vormundschaftsbehörde betreffend Zuteilung der elterlichen Gewalt gleichzeitig mit einem Abänderungsprozess, so hat m.E. der Abänderungsrichter den Prozess zu sistieren, bis die Vormundschaftsbehörde darüber entschieden hat, ob es die elterliche Gewalt dem überlebenden Elternteil zuteilen wolle oder nicht.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde nebst dem Abänderungsrichter nicht ungewichtige praktische Vorteile mit sich bringt. Die Vormundschaftsbehörde greift von Amtes wegen ein und wählt ein möglichst einfaches Verfahren. Bei ausschliesslicher Zuständigkeit des Abänderungsrichters wäre es zudem an der Vormundschaftsbehörde, ein Abänderungsverfahren einzuleiten, falls der überlebende Eltern-

28) So auch BGE 108 II 375 ff., jedoch nicht aus der Ueberlegung heraus, es handle sich bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt um eine Kindesschutzmassnahme im Sinne von Art. 315a Abs. 3 ZGB, sondern in Analogie zu Art. 298 Abs. 2 ZGB.

29) BGE 108 II 380 E. 3

teil davon keinen Gebrauch machen würde. Ist die Vormundschaftsbehörde jedoch selbst zuständig, kann sie - wenn sie es für sinnvoll erachtet - die Zuteilung der elterlichen Gewalt direkt an den überlebenden Elternteil vornehmen.

3. Zuständigkeit des Schiedsgerichtes

Da es nach neuerer Praxis zulässig ist, die vermögensrechtlichen Nebenfolgen im Sinne von Art. 153 Abs. 2 ZGB mittels einer aussergerichtlichen Parteivereinbarung ohne richterliche Genehmigung abzuändern³⁰⁾, sollen sich die Parteien der Abänderungsklage in Bezug auf die Abänderung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen auch frei dem Entscheid eines von ihnen benannten Schiedsgerichtes unterwerfen können. Die Begründung dafür liegt wie bei der aussergerichtlichen Vereinbarung in der freien Verfügbarkeit der Parteien über ihre von Art. 153 Abs. 2 ZGB erfassten vermögensrechtlichen Ansprüche.³¹⁾

4. Zuständigkeit des Vollstreckungsrichters

a) Im Rechtsöffnungsverfahren

Der Vollstreckungsrichter hat das Scheidungsurteil im Rechtsöffnungsverfahren gemäss Art. 80 und 81 SchKG zu vollstrecken, jedoch nicht abzuändern. Seine Kompetenzen sind durch das SchKG klar abgegrenzt.

30) Vgl. vorne, D. II.

31) Gl.M. BUEHLER/SPUEHLER, N 65 Vorbemerkungen zu Art. 149 - 157 und N 86 zu Art. 153 ZGB.

Das SchKG verhilft dem Berechtigten zur Durchsetzung seiner Unterhaltsansprüche, die ihm im Scheidungsurteil zugesprochen wurden. Das rechtskräftige Scheidungsurteil bildet einen definitiven Rechtsöffnungstitel (Art. 80 SchKG) und entkräftet den Rechtsvorschlag grundsätzlich ohne weiteres, es sei denn, der Schuldner könnte die in Art. 81 SchKG aufgeführten Einreden zum sofortigen Beweis erheben.

Vielfach verwechselt der juristische Laie das Rechtsöffnungsverfahren mit dem Abänderungsverfahren und glaubt, er könne als Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren geltend machen, seine Vermögensverhältnisse hätten sich derart verschlechtert, dass er nicht mehr in der Lage sei, seinen Unterhaltsverpflichtungen voll nachzukommen. Eine umfassende Voraufklärung des Betreibungsbeamten - auch wenn der Schuldner seinen Rechtsvorschlag nicht begründen muss - würde in dieser Situation den Gerichten und den Parteien manches Rechtsöffnungsverfahren ersparen. Dies beweist die allgemein bekannte Tatsache, dass die meisten durch ein Scheidungsurteil zu Unterhaltsleistungen verpflichteten Schuldner nach genügender Aufklärung durch den Rechtsöffnungsrichter ihren Rechtsvorschlag zurückziehen.

b) Im Befehlsverfahren

Nicht vermögensrechtliche Ansprüche, wie z.B. das Besuchsrecht, Herausgabe des Kindes an den Gewaltinhaber, sind im Kanton Zürich im Befehlsverfahren (§ 222 ff. ZPO) durchzusetzen.

Nach Auffassung der Rechtsprechung steht die Vollstreckung des Scheidungsurteils generell unter dem Vorbehalt des Kindesinteresses, insofern durch das

Urteil das Verhältnis der Eltern zu den Kindern geregelt wird.³²⁾ Der Vollstreckungsrichter im Befehlsverfahren darf jedoch nicht daraus ableiten, er sei unter genereller Berufung auf das Kindeswohl befugt, die Verteilung der Elternrechte neu vorzunehmen. Er kann aber die Herausgabe des Kindes an den Elternteil, unter dessen elterliche Gewalt und Obhut es durch das Scheidungsurteil gestellt wurde, verweigern und ein psychiatrisches Gutachten einholen, welches Antwort darauf gibt, ob der vom Scheidungsrichter angeordneten Kindeszuteilung durch Zwangsvollzug Geltung verschafft werden soll, wenn der herausgabeverpflichtete Elternteil das Kind während längerer Zeit betreut hat.³³⁾

Dieser Entscheid ist im Interesse des Kindeswohles durchaus angebracht. Lebt ein Kind schon längere Zeit beim Elternteil, der nicht die elterliche Gewalt über das Kind innehat, und fühlt es sich dort wohl und hat sich eingelebt, so könnte es durch die unbedingte Herausgabe an den Gewaltinhaber im Vollstreckungsverfahren psychischen Schaden erleiden.

II. Oertliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit für das Abänderungsverfahren ist weder im Bundesrecht noch im kantonalen Recht

32) STRAEULI/MESSMER, N 4 f. zu § 222 ZPO; BGE 107 II 301 ff.

33) BGE 111 II 313 ff.

geregelt. Es ist die Bundesgerichtspraxis, die heute für Gerichtsstandsfragen wegweisend zu sein hat.³⁴⁾

1. Innerstaatliche Zuständigkeit

Sowohl für das Abänderungsverfahren nach Art. 153 als auch nach Art. 157 ZGB hat die Rechtsprechung den Gerichtsstand des Wohnsitzes der beklagten Partei aufgestellt.³⁵⁾ Dieser Gerichtsstand ist ein ausschliesslicher, zwingend ist er jedoch nicht.³⁶⁾ Ein nicht zwingender Gerichtsstand ist m.E. gerechtfertigt. Beim "gewöhnlichen" Abänderungsverfahren handelt es sich um einen ordentlichen Prozess, der auch bezüglich Gerichtsstand möglichst allgemein gehandhabt werden sollte. Dies hat zur Folge, dass ein forum prorogatum als zulässig erscheint und die Gerichtsstandsvorschrift nur auf die Unzuständigkeitseinrede hin (§ 111 ZPO) zu beachten ist.³⁷⁾ Das forum prorogatum hat vor allem dann Vorteile, wenn die Abänderungsklage kurz auf das Scheidungsurteil hin ergeht und dem Gericht somit die Verhältnisse zur Zeit der Scheidung noch bestens bekannt sind.

Nicht nur für die Abänderung des Scheidungsurteils, sondern auch für die Genehmigung einer das Scheidungsurteil abändernden Vereinbarung ist der Gerichtsstand am Wohnsitz der beklagten Partei grundsätzlich gegeben.³⁸⁾

34) Ueber die geschichtliche Entwicklung vgl. vorne, § 2. B. I.

35) BGE 109 II 291; 81 II 315 f. mit Verweisen

36) BGE 96 I 394; HABSCHEID, S. 137

37) Gl.M. PFYFFER, SJZ 54 (1958), S. 56; a.M. KEHL/KEHL II, Nr. 639

38) KEHL/KEHL II, Nr. 642

2. Internationale Zuständigkeit

a) Grundsätzliches

Zuständig für die Abänderung des Scheidungsurteils ist grundsätzlich der Richter am Wohnsitz des Beklagten (Art. 28 NAG). Wenn am ausländischen Wohnsitz des Beklagten keine Abänderung des ebenfalls im Ausland ergangenen Scheidungsurteils erreicht werden kann, ist ein Notgerichtsstand am schweizerischen Wohnsitz des Klägers gegeben.³⁹⁾ Im Falle eines schweizerischen Scheidungsurteils ist der schweizerische Richter zur Abänderung zuständig, unabhängig davon, ob die Klage am ausländischen Wohnsitz des Beklagten möglich wäre.⁴⁰⁾

b) Schweizer im Ausland

Nimmt von zwei in der Schweiz geschiedenen Schweizern der eine Teil in der Folge im Ausland Wohnsitz, so kann der Zurückgebliebene an seinem Domizil auf Abänderung des Scheidungsurteils klagen.⁴¹⁾

Abänderungsklagen von Auslandschweizern, die in der Schweiz geschieden worden sind, sind nur dann zuzulassen, wenn keine Gewähr dafür besteht, dass ein ausländischer Abänderungsentscheid zu erlangen ist.⁴²⁾

Diese Auffassung scheint mir etwas zu eng zu sein. Sind die Auslandschweizer in der Schweiz geschieden worden, sollten sie m.E. auf jeden Fall berechtigt sein, auch in der Schweiz beim Scheidungsrichter eine Abänderungs-

39) VISCHER/VON PLANTA, S. 93 f. mit dortigen Verweisen; STAUFFER, S. 47

40) BGE 61 II 225 ff.; STAUFFER, S. 47

41) STAUFFER, S. 25

42) ZR 70 (1971) Nr. 24, S. 72 f.

klage einzureichen.⁴³⁾ Ist das Scheidungsurteil im Ausland ergangen und wohnen beide Parteien im Ausland, so soll die Abänderungsklage m.E. auch dort eingereicht werden müssen, es sei denn, eine solche sei im betreffenden ausländischen Staat nicht möglich. Es wäre m.E. mit unserem ordre public nicht vereinbar, dem Auslandschweizer überhaupt jede Möglichkeit zu nehmen, auf Abänderung des Scheidungsurteils zu klagen.⁴⁴⁾

c) Ausländer in der Schweiz

Für Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz gilt nach allgemeinem Grundsatz das Gericht am Wohnsitz der beklagten Partei für zuständig. Erfolgt das Abänderungsverfahren in der Schweiz, ist analog zu Art. 7 h Abs. 3 NAG schweizerisches Recht anwendbar. Die Nebenfolgen der Scheidung richten sich nach schweizerischem Recht, selbst wenn beide Ehegatten Ausländer sind. Ein Nachweis der Anerkennung und Vollstreckung des Urteils bezüglich der Nebenfolgen im ausländischen Heimatrecht wird nicht verlangt.⁴⁵⁾

d) Vorbehalt von internationalen Uebereinkommen⁴⁶⁾

Sind in einem internationalen Uebereinkommen andere

43) Vgl. Art. 64 Abs. 1 IPR-Gesetzesentwurf

44) Vgl. Art. 64 Abs. 1 i.V.m. Art. 59 IPR-Gesetzesentwurf

45) VISCHER/VON PLANTA, S. 93 mit Verweisen; man beachte, dass sich das Haager Uebereinkommen über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen vom 1. Juni 1970, für die Schweiz in Kraft seit 17. Juli 1976, nicht auf die Nebenfolgen erstreckt.

46) Allgemein aus SCHNYDER

Zuständigkeitsvorschriften erlassen worden, so haben diese als verbindlich zu gelten.

In Bezug auf die Abänderungsklage betreffend Unterhalt bestehen keine internationalen Uebereinkommen, die eigentliche Zuständigkeitsvorschriften beinhalten würden: Das Haager Uebereinkommen vom 2. Oktober 1973 z.B. regelt zwar das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht, spricht sich aber nicht über Zuständigkeiten aus. Einzig das Haager Uebereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen vom 2. Oktober 1973 beinhaltet in Art. 7 f eine Zuständigkeitsvorschrift, welche aber nicht auf die Abänderung von Scheidungsurteilen, sondern lediglich auf Anerkennung und Vollstreckung der betreffenden Unterhaltsentscheidung zu beziehen ist.

Die Abänderungsklage betreffend Kinderzuteilung als Nebenfolge der Scheidung der Eltern fällt in den Anwendungsbereich des Haager Uebereinkommens über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961. Der angerufene schweizerische Richter hat die Klage ohne weiteres an die Hand zu nehmen, wobei er vorab freilich zu prüfen hat, ob das minderjährige Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von Art. 1 dieses Uebereinkommens in der Schweiz habe.⁴⁷⁾

e) Die Regelung des IPR-Gesetzesentwurfes

Der IPR-Gesetzesentwurf erweitert und erleichtert den

47) BGE 109 II 375

Parteien die Abänderungsklagemöglichkeiten in Bezug auf den Gerichtsstand, indem er in Art. 64 Abs. 1 den Gerichtsstand am Orte des schweizerischen Scheidungsrichters neben dem Gerichtsstand am Wohnsitz der beklagten Partei zur Verfügung stellt. Zudem ist die Abänderungsklage gegebenenfalls auch am schweizerischen gewöhnlichen Aufenthalt oder am Heimatort möglich (Art. 64 i.V.m. Art. 58 und 59 IPR-Gesetz).

III. Funktionelle Zuständigkeit

Die funktionelle Zuständigkeit bestimmt sich nach kantonalem Recht. Als selbständiger ordentlicher Zivilprozess ist die Abänderungsklage im Kanton Zürich in erster Instanz beim Bezirksgericht anhängig zu machen. Als obere kantonale Instanzen kommen das Obergericht und das Kassationsgericht in Frage, je nach dem Rechtsmittel, das gegen den jeweiligen Entscheid gegeben ist.

F. Abänderungsgründe⁴⁸⁾

Für die Einreichung der Abänderungsklage bzw. deren erfolgreiche Durchsetzung muss der Kläger einen Abänderungsgrund dartun können.

Abänderungsgründe bestehen in Bezug auf die Nebenfolgen, insbesondere auf Elternrechte und Unterhaltsverpflichtungen. Die Abänderungsklage kann jedoch nicht ein neues Vorbringen über die Scheidungsschuld zum Inhalt haben.⁴⁹⁾

I. Bezüglich Elternrechte

1. Elterliche Gewalt

Stirbt der Gewaltinhaber oder verheiratet sich ein Elternteil wieder, kann sich die Frage eines Wechsels der elterlichen Gewalt über die "Scheidungskinder" stellen. Mit der Uebertragung der elterlichen Gewalt drängt sich auch zwangsläufig eine Neuregelung der Unterhaltsverpflichtungen gegenüber den Kindern auf. Problemlos erscheint lediglich der Fall, wo die geschiedenen Eltern sich erneut heiraten, denn dann lebt die elterliche Gewalt beider wieder auf, sofern sie nur einem Elternteil entzogen worden war.⁵⁰⁾ Ansonst sind folgende Fälle

48) Es würde zu weit führen, in Bezug auf die Abänderungsgründe in vorliegender Arbeit die materiellrechtliche Seite ausführlich zu behandeln. Es wird deshalb lediglich eine Uebersicht über die möglichen Abänderungsgründe aufgezeigt und ferner auf die Ausführungen bei HEGNAUER und BUEHLER/SPUEHLER verwiesen.

49) BUEHLER/SPUEHLER, N 18 zu Art. 153 ZGB mit dortigem Verweis

50) ZR 72 (1973) Nr. 25

möglich, bei denen wie im Scheidungsverfahren selbst das Kindeswohl den Ausschlag zu geben hat.

a) Tod des Gewaltinhabers

Stirbt der Gewaltinhaber, stellt sich die Frage, ob dem andern Elternteil die elterliche Gewalt zuzuteilen sei, oder ob den Kindern definitiv ein Vormund bestellt werden solle. Es ist Sache der Vormundschaftsbehörde oder des Richters im Abänderungsverfahren, dies abzuklären.⁵¹⁾

Der überlebende Elternteil hat vorbehältlich zwingender Gegengründe, wie sie in Art. 307 ff. ZGB formuliert sind, einen Anspruch auf Zuerkennung der elterlichen Gewalt. Er hat den Vorzug vor Dritten, auch den Grosseltern.⁵²⁾

b) Wiederverheiratung des Gewaltinhabers mit einer Drittperson

Denkbar ist, dass sich die Wiederverheiratung des Gewaltinhabers mit einer Drittperson sehr nachteilig auf das Wohl der Kinder auswirken kann, so z.B. wenn die Drittperson allgemein einen schlechten Lebenswandel führt, insbesondere trunksüchtig oder arbeitsscheu ist, zur Gewalttätigkeit neigt oder das zur Versorgung der Familie notwendige Geld inklusive der Kinderalimente verprasst. In einem solchen Fall - welcher nicht die

51) Vgl. dazu vorne, E. I. 2.

52) JORIO, S. 303

Regel darstellt - müsste dem Gewaltinhaber die elterliche Gewalt entzogen werden. Vielfach wird aber die Wiederverheiratung des Gewaltinhabers mit einer Drittperson zu einer Hebung der allgemeinen Lebensumstände führen, welche auch den Kindern zugute kommt.

c) Wiederverheiratung des andern Elternteils mit einer Drittperson

Die Wiederverheiratung alleine desjenigen Elternteiles, dem bei der Scheidung die elterliche Gewalt über die Kinder nicht zugeteilt worden ist, genügt nicht, um dem Gewaltinhaber die elterliche Gewalt zu entziehen. Vielmehr müssen sich die Verhältnisse für die Kinder beim Gewaltinhaber erheblich verschlechtert haben seit der Scheidung, und zudem müsste das Kindeswohl beim wiederverheirateten Elternteil gewährleistet sein.

Dazu ein Beispiel: Die Mutter und Gewaltinhaberin belässt das Kind während der Woche im Kinderheim, währenddem es beim wiederverheirateten Vater ein intaktes Familienleben geniessen könnte.

2. Unterhaltsbeiträge an die Kinder

Eine Aenderung der Unterhaltsleistungen an die Kinder kann grundsätzlich gemäss den Art. 157, 286 Abs. 2 und 287 Abs. 2 ZGB geltend gemacht werden. Als Richtschnur für die Bestimmung der Höhe des Unterhaltes dient dem Richter Art. 285 ZGB, welcher auf die Bedürfnisse des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern und ausserdem auf Vermögen und Einkünfte des Kindes abstellt. Möglich ist sowohl eine Erhöhung als auch eine Herabsetzung des Unterhaltsbeitrages.

Die Wiederverheiratung des einen wie des andern Elternteils kann grundsätzlich keinen Einfluss auf die Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern haben. Kann der eine Ehegatte infolge Wiederverheiratung seine Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern aus erster Ehe nicht mehr vollständig erfüllen, so hat ihm sein neuer Ehegatte in der Erfüllung seiner Unterhaltspflicht in angemessener Weise beizustehen (Art. 278 Abs. 2 ZGB).

3. Persönlicher Verkehr

Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, üben die Eltern ihn pflichtwidrig aus, haben sie sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert oder liegen andere wichtige Gründe vor, so kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 156 Abs. 2 ZGB).

Schadet also der Berechtigte bei seinen Besuchen dem Kind in irgendeiner Art, ist das Besuchsrecht einzuschränken oder es ist ihm ganz zu nehmen.

Konflikte bezüglich des Besuchsrechtes lassen sich kaum vermeiden. Sie entstehen, weil das Kind den besuchenden Elternteil lieber nicht sehen möchte oder weil es diesen öfter sehen möchte, als diesem zusteht und als dem Gewaltinhaber manchmal lieb ist. Es ist deshalb m.E. bei der Abänderung des Besuchsrechtes zu beachten, ob der bestehende Konflikt einfach in der Natur der Regelung über das Besuchsrecht liegt, oder ob durch den Besuch des einen Elternteils das Kind tatsächlich durch diesen gefährdet wird. Gefährdet wird es z.B. dann, wenn es vom besuchenden Elternteil regelmässig in schlechte Gesellschaft mitgenommen, wenn es nachgewiesenermassen gegen den Gewalt-

inhaber aufgewiegelt oder, wenn es von den Schularbeiten absichtlich abgehalten wird etc.

Vielfach glaubt der Gewaltinhaber, dem Berechtigten das Besuchsrecht mittels Abänderungsklage nehmen zu können, weil dieser seinen Unterhaltsverpflichtungen gegenüber den Kindern nicht nachkomme. Diese Pflichtvergessenheit alleine ist jedoch noch kein Abänderungsgrund, kann aber im Zusammenhang mit anderen Tatsachen Bedeutung erlangen und bei bösem Willen oder Gleichgültigkeit des zu Unterhalt Verpflichteten zur Abänderung des Besuchsrechtes führen.⁵³⁾

Auch bei Abänderungen vom Besuchsrecht ist m.E. die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde und des Abänderungsrichters konkurrierend gegeben.

II. Bezüglich Unterhaltsrente nach Art. 153 ZGB

Im Scheidungsurteil wird entweder eine Rente nach Art. 151 oder Art. 152 ZGB ausgesprochen. Diese Unterscheidung⁵⁴⁾ ist notwendig, weil grundsätzlich nur die Bedürftigkeitsrente im Sinne von Art. 152 ZGB abänderbar bzw. herabsetzbar ist.⁵⁵⁾ Zur Vermeidung von Härten lässt die bundesgerichtliche Rechtsprechung allerdings zu, dass auch eine Rente nach Art. 151 Abs. 1 ZGB - soweit für den Verlust

53) MICHEL, S. 52

54) Vgl. vorne, § 3. A. II. 5.

55) Die rentenberechtigte Partei ist jedoch nicht legitimiert, eine Erhöhung der Rente zu verlangen (vgl. hinten, 2./3.)

des ehelichen Unterhaltsanspruches zuerkannt - herabgesetzt oder aufgehoben werden kann, wenn die Lage des Pflichtigen sich wesentlich verschlechtert hat. Im Gegensatz zur Rente nach Art. 152 ZGB bleibt jedoch eine Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse auf seiten des Berechtigten als Herabsetzungsgrund ausser Betracht. 56)

1. Gemäss Art. 153 Abs. 1 ZGB

Wird als Entschädigung (Art. 151 Abs. 1 ZGB), Genugtuung (Art. 151 Abs. 2 ZGB) oder Unterhaltsbeitrag (Art. 152 ZGB) durch das Urteil oder durch Vereinbarung eine Rente festgesetzt, so hört die Pflicht zu ihrer Entrichtung auf, wenn der berechtigte Ehegatte sich wieder verheiratet. Diese Regelung ist sinnvoll, erhält doch der berechtigte Ehegatte durch die Heirat meist finanziellen Rückhalt. Es ist jedoch rechtsmissbräuchlich, und die Pflicht zur Bezahlung der Unterhaltsrente endet, wenn der rentenberechtigte Ehegatte mit einem andern Partner in eheähnlicher Gemeinschaft lebt und nur deswegen nicht heiratet, um der Rente nicht verlustig zu gehen.⁵⁷⁾

Der rentenbelastete Ehegatte hat jedoch nachzuweisen, dass die Lebensgemeinschaft des berechtigten geschiedenen Ehegatten mit einem Angehörigen des andern Geschlechts so stabil und eng ist, dass sie jenem wirtschaftlich ähnliche Vorteile bietet wie eine Ehe, und dass das Bestehen auf dem scheidungsrechtlichen Unterhaltsbeitrag demnach als

56) BGE 110 II 114 E. 3 b); 104 II 239 E. 3

57) BGE 109 II 190 E. 1; 107 II 300 E. b. c.

rechtsmissbräuchlich erscheint. Im Sinne einer Tatsachenvermutung (mit Umkehrung der Beweislast) ist jedoch bei einem Konkubinat, das im Zeitpunkt der Einleitung der Klage betreffend Abänderung des Scheidungsurteils (Aufhebung des Unterhaltsbeitrages) seit mindestens fünf Jahren gedauert hat, grundsätzlich anzunehmen, dass die Voraussetzungen für den Verlust des Rentenanspruches erfüllt seien.⁵⁸⁾

2. Gemäss Art. 153 Abs. 2 ZGB

Eine wegen Bedürftigkeit ausgesetzte Rente wird auf Verlangen des pflichtigen Ehegatten aufgehoben oder herabgesetzt, wenn die Bedürftigkeit nicht mehr besteht oder in erheblichem Masse abgenommen hat, sowie wenn die Vermögensverhältnisse des Pflichtigen der Höhe der Rente nicht mehr entsprechen (Art. 153 Abs. 2 ZGB). Die veränderten Verhältnisse haben "erheblich" zu sein. Erheblich ist die Veränderung der Verhältnisse dann, wenn die Regelung im Urteil der neuen Lage nicht mehr entspricht und eine andere Entscheidung zwingend erfordert.⁵⁹⁾

Zu beachten ist vor allem, dass der Gesetzeswortlaut eine Klage des pflichtigen Ehegatten voraussetzt. Die Klage lautet auf Herabsetzung oder Aufhebung der betreffenden Rente. Eine Klage des Rentenberechtigten auf nachträgliche Erhöhung seiner Rente ist ausgeschlossen.⁶⁰⁾

58) BGE 109 II 188

59) WAESCH, S. 51; EGGER, N 6 zu Art. 153 ZGB; BGE 96 II 302 E. 3, 4

60) HINDERLING, S. 148 ff.; KNECHT, S. 103 ff.

Aus Art. 153 Abs. 2 ZGB lassen sich die folgenden, abschliessend aufgezählten Fälle ableiten:

a) Besserung der Verhältnisse auf seiten des Rentenberechtigten

Bei einer Besserung der Verhältnisse des Rentenberechtigten ist auf die Vermögens- und Einkommensverhältnisse abzustellen. Die Verbesserung der Einkommensverhältnisse ist jedoch nur dann zu berücksichtigen, wenn sie nicht schon im Zeitpunkt der Scheidung voraussehbar war.⁶¹⁾

Bei guten finanziellen Verhältnissen des Pflichtigen und relativ guten Einkünften des Rentenberechtigten ist m.E. von einer Herabsetzung der Unterhaltsrente zurückhaltend Gebrauch zu machen. Dem Berechtigten muss die Möglichkeit gewahrt bleiben, für weniger günstige Zeiten Rücklagen zu machen. Sind beide geschiedenen Ehegatten vermögend, so ist m.E. die Rentenverpflichtung des einen an den andern so zu bemessen, dass beiden möglich ist, genügend Rücklagen zu machen. Kann also der Verpflichtete seit der Scheidung wegen seiner Rentenverpflichtung fast keine Rücklagen mehr bereitstellen, der Berechtigte infolge höheren Einkommens seit der Scheidung jedoch ohne weiteres, so ist die Rente auch dann herabzusetzen, wenn bereits bei der Scheidung feststand, dass der Berechtigte nach einiger Zeit höhere Einkünfte erzielen würde. Beiden Parteien

61) BGE 96 II 303 f.

muss die Möglichkeit gewahrt bleiben, für das Alter vorzusorgen.

b) Verschlechterung der Verhältnisse auf seiten des Rentenverpflichteten

Eine Verschlechterung der Verhältnisse auf seiten des Rentenverpflichteten ist wohl der häufigste Grund einer Abänderungsklage. Er bedeutet meist auch eine ungewöhnliche Härte für den Pflichtigen, weshalb er auch bei einer Rente im Sinne von Art. 151 ZGB der Herabsetzung des Unterhaltsbeitrages unterliegt.⁶²⁾

Die Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse kann z.B. durch berufliche Veränderungen, insbesondere Pensionierung, Stellenwechsel mit niedrigerem Gehalt, oder Arbeitslosigkeit zustande kommen; ferner durch unvorhergesehene Ereignisse wie Unfall oder Krankheit. Die Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse darf durch den Pflichtigen m.E. nicht schuldhaft herbeigeführt worden sein. Der Pflichtige ist anzuhalten, die wirtschaftlich günstigere Situation wiederherzustellen. Erst wenn ihm das objektiv nicht möglich scheint, ist die Unterhaltsrente allenfalls herabzusetzen.

Die Wiederverheiratung des Pflichtigen berührt den Bestand der Unterhaltsrente m.E. nicht und stellt somit keinen Abänderungsgrund im Sinne von Art. 153 Abs. 2 dar.⁶³⁾ Denn durch die Wiederverheiratung des Pflichtigen ändert sich die Bedürftigkeit des Berechtigten

62) Vgl. vorne, II.

63) A.M. BGE 79 II 139

nicht. Kommt der Pflichtige wegen durch seine Heirat bedingter Mehrauslagen in einen finanziellen Engpass, so hat sein Ehegatte ihn in der Erfüllung seiner Unterhaltungspflicht m.E. nach Kräften zu unterstützen. Der Ehegatte sorgt damit indirekt für das Wohl der ehelichen Gemeinschaft. Die Pflicht zur Unterstützung des Pflichtigen lässt sich daher aus Art. 159 Abs. 2 und insbesondere im Falle der Unterstützungspflicht der Ehefrau aus Art. 161 Abs. 2 ZGB ableiten.

3. Besserung der Verhältnisse auf seiten des Rentenverpflichteten/Verschlechterung der Verhältnisse auf seiten des Rentenberechtigten

Um für jeden geschiedenen Ehegatten, sei es der Verpflichtete oder sei es der Berechtigte, gute Lebensbedingungen zu schaffen, ist man versucht, die Besserung der wirtschaftlichen Verhältnisse seitens des Pflichtigen unter gleichzeitiger Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Berechtigten als Abänderungsgrund im Sinne von Art. 153 ZGB für den Berechtigten gelten zu lassen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist jedoch die Rente nur herabsetzbar, nicht auch einer Erhöhung zugänglich. Zudem legitimiert Art. 153 ZGB den Berechtigten, der ja an einer Erhöhung ein Interesse haben könnte, nicht zur Abänderungsklage, was eine Erhöhung der Rente auch von diesem Gesichtspunkt her ausschliesst.

Eine Erhöhung der Rente kann natürlich für einen bestimmten allfällig eintretenden Fall in einer Scheidungskonvention vereinbart werden. Dann beruht die Erhöhung aber auf gemeinsamer Vereinbarung, und nicht auf einer Abänderungsklage.

Nochmals zu erwähnen ist, dass die Unterhaltsrente insofern immer eine Erhöhung erfährt, als sie mittels einer Indexklausel dem Lebenskostenindex anzupassen ist.
64)

4. Erlöschen der Unterhaltsrente durch Tod

Die Unterhaltsrente nach Art. 151 Abs. 1 und Art. 152 ZGB geht mit dem Tod des Berechtigten unter. Sie ist demnach aktiv nicht vererblich.⁶⁵⁾

Die Pflicht zur Entrichtung einer Unterhaltsrente erlischt auch beim Tod des Rentenverpflichteten, denn auch bei fortdauernder Ehe hätte der Anspruch auf ehelichen Unterhalt beim Tod des Pflichtigen aufgehört. Mit einer Scheidungsvereinbarung kann jedoch von dieser Regelung derart abgewichen werden, dass die Pflicht aus dem Scheidungsurteil bzw. dann aus der genehmigten Vereinbarung auf die Erben des verstorbenen Pflichtigen übergeht.

⁶⁶⁾ Eine aktive Vererblichkeit der Rente kann m.E. nicht vereinbart werden, da es sich um einen höchstpersönlichen Anspruch des Berechtigten handelt.⁶⁷⁾

Man kann sich fragen, ob die Vererblichkeit von Rentenverpflichtungen auf Grund von Parteivereinbarungen sinnvoll ist. Sind auf seiten der Pflichtigen mehrere Erben

64) Vgl. vorne, § 3. A. II. 6. Die Indexierung kann jedoch allenfalls mittels Vereinbarung ausgeschlossen werden.

65) EGGER, N 4 zu Art. 153 ZGB; GMUER, N 7 zu Art. 153 ZGB

66) Vgl. dazu EGGER, N 4 f.

67) ZR 56 (1957) Nr. 88; WAESCH, S. 49

vorhanden, gestaltet sich das Abänderungsverfahren mitunter materiell und formell schwierig. Die Vererblichkeit der Rentenpflicht sollte mittels Parteivereinbarung nur dann zugelassen werden, wenn die durch Erbschaft übernommene Pflicht höchstens auf den Umfang des Nachlasses des verstorbenen Pflichtigen beschränkt und die passiv vererbliche Rente als unabänderlich vereinbart wird.

G. Legitimation

I. Im Abänderungsverfahren gemäss Art. 153 ZGB

1. Aktivlegitimation

Gemäss Wortlaut des Art. 153 ZGB beschränkt sich die Aktivlegitimation auf den Rentenverpflichteten. Wurde jedoch zwischen den Scheidungsparteien in einer Konvention vereinbart, dass im Fall des Todes des Pflichtigen die Rentenverpflichtung an die Erben übergehe, so müssen auch diese zur Abänderungsklage legitimiert sein.

2. Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist der Berechtigte, nicht jedoch seine Erben, da der Unterhaltsanspruch nicht aktiv vererblich ist.

II. Im Abänderungsverfahren gemäss Art. 157 ZGB

1. Die Eltern

Die Eltern, sofern sie noch leben, sind immer Partei im Abänderungsprozess, sei es als Kläger oder Beklagte.⁶⁸⁾ Im Normalfall wird der eine Elternteil als Kläger gegen den andern als Beklagten auf Abänderung des Scheidungsurteils nach Art. 157 ZGB klagen.

2. Die Vormundschaftsbehörde

Ebenso wie den Eltern steht der Vormundschaftsbehörde das

68) BGE 67 II 64 ff.; SJZ 52 (1956) S. 316

Klagerecht zu. Das Klagerecht der Vormundschaftsbehörde schliesst dasjenige der Eltern nicht aus.⁶⁹⁾ Zudem steht es mit dem Klagerecht der Eltern auf gleicher Stufe, d.h. es ist gegenüber der Legitimation der Eltern nicht subsidiär.⁷⁰⁾

Bei einer Klage der Vormundschaftsbehörde sind die beiden geschiedenen Ehegatten, wenn sie beide noch leben, als notwendige passive Streitgenossen ins Recht zu fassen.⁷¹⁾

Die Vormundschaftsbehörde handelt immer im Interesse der Kinder und hat daher ihr Klagerecht als Amtspflicht wahrzunehmen.⁷²⁾ Sie wird es vor allem dann ausüben, wenn die Eltern das Kindesinteresse nicht verfolgen. § 59 EG zum ZGB des Kantons Zürich verpflichtet die Vormundschaftsbehörde ausdrücklich einzuschreiten, sobald ihr die Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohles eines Kindes (Art. 307, 308, 310, 311 und 313 ZGB) oder des Kindesvermögens (Art. 324 und 325 ZGB) zur Kenntnis kommt.

In BGE 67 II 69 ist die Pflicht der Vormundschaftsbehörde zur Einschreitung von Amtes wegen m.E. richtigerweise folgendermassen präzisiert worden:

"Es ist Aufgabe der Vormundschaftsbehörde, im Scheidungs- und Abänderungsprozess aus Gründen des öffentlichen Wohles die Interessen der Kinder wahrzunehmen. Ob sie unter diesem Gesichtspunkt bestimmte Anträge als nötig erachten

69) BGE 61 II 26; MICHEL, S. 76

70) dito

71) BUEHLER/SPUEHLER, N 71 zu Art. 157 ZGB mit Verweisen

72) Statt vieler ERNY, S. 63 und 317 ff.; GULDENER, S. 140

will, muss aber ihrem alleinigen Ermessen überlassen sein. Das Gesetz bringt dies deutlich zum Ausdruck, indem es nur von der Möglichkeit, nicht aber von der Pflicht der Behörde zur Teilnahme am Verfahren spricht."

Damit das Recht der Vormundschaftsbehörde auf Anträge gewahrt bleibt, muss sie auch in den bereits anhängigen Prozess zwischen den Eltern als Nebenintervenientin eingreifen können. Sogar der Hauptintervention der Vormundschaftsbehörde steht m.E. in diesem Zusammenhange nichts entgegen.⁷³⁾

Die Frage der Passivlegitimation der Vormundschaftsbehörde gestaltet sich schwieriger. Die Vormundschaftsbehörde ist nur passivlegitimiert, wenn sonst das Abänderungsverfahren nicht durchgeführt werden könnte, wie dies insbesondere nach dem Tode eines Elternteiles dann zutreffen kann, wenn die zuständige Prozessordnung eine Neuzuteilung des Kindes durch den Richter auf einseitiges Begehren des überlebenden Elternteils nicht kennt, sondern auch für diesen Fall auf den Zweiparteienprozess verweist.⁷⁴⁾

Die Vormundschaftsbehörde muss sich aber nicht von den über die Neugestaltung der Elternrechte streitenden ehemaligen Ehegatten auch als beklagte Partei gegen ihren Willen in den Prozess hineinziehen lassen.⁷⁵⁾

73) Zu Haupt- und Nebenintervention vgl. ausführlich STRAEULI/MESSMER, §§ 43 - 45 ZPO

74) KEHL/KEHL, II Nr. 704; BGE 86 II 323; 67 II 64 ff.; so im Kt. Zürich

75) BGE 67 II 69

Es liesse sich auch argumentieren, wenn die Vormundschaftsbehörde schon von Amtes wegen die Interessen der Kinder wahrzunehmen habe, müsse ihr auch volle Parteistellung und damit auch eine allfällige Passivlegitimation zukommen.

M.E. kommt der Vormundschaftsbehörde jedoch keine Passivlegitimation zu. Sie kann zwar in Vertretung des verstorbenen Elternteiles die Interessen des Kindes wahrnehmen, jedoch nicht als im Zweiparteienprozess gleichgestellte Partei, handelt es sich bei ihr doch immerhin um eine staatliche Behörde, die objektiv zu beurteilen hat. Stellt nun der überlebende Elternteil dem Abänderungsrichter das Begehren, die elterliche Gewalt sei ihm zuzuteilen, so hat der Richter die Vormundschaftsbehörde darüber als Expertin oder Gutachterin anzuhören, jedoch nicht als Beklagte. M.E. steht dies der Natur des Abänderungsprozesses nicht entgegen; warum sollte in diesem speziellen Fall nicht auch der Einparteienprozess zulässig sein?⁷⁶⁾ Der Richter hat im Abänderungsverfahren die Offizialmaxime genauso wie im Scheidungsprozess zu beachten und daher den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen. Einem Gegenantrag einer beklagten Partei bedarf es daher nicht zwingend. Zu beachten ist zudem, dass die Vormundschaftsbehörde im dargestellten Falle zu einer Zuteilung der elterlichen Gewalt an den überlebenden Elternteil selbst auch zuständig wäre.⁷⁷⁾ Ist sie aber dafür nebst dem Richter zuständig, kann sie nicht im gerichtlichen Verfahren die Stellung der beklagten Partei einnehmen. Die Wahrnehmung

76) A.M. BUEHLER/SPUEHLER, N 70 zu Art. 157 ZGB; im Kanton Zürich Zweiparteienverfahren

77) Vgl. vorne, E. I. 2.

eines subjektiven Rechtes als beklagte Partei stünde im Widerspruch zur beratenden, ja gegebenenfalls sogar ausführenden Funktion der Vormundschaftsbehörde.⁷⁸⁾

Anders verhält es sich m.E., wenn die Eltern, denen beide die elterliche Gewalt von der Vormundschaftsbehörde entzogen worden ist, gegen die Vormundschaftsbehörde auf Wiedererteilung der elterlichen Gewalt klagen. Dann hat die Vormundschaftsbehörde subjektiv ihren Standpunkt darzulegen und ist daher als beklagte Partei ins Recht zu fassen.

3. Das Kind

Parteien im Scheidungsprozess sind unbestrittenermassen die Eltern. Jenem Elternteil, dem die elterliche Gewalt über die Kinder zugeteilt worden ist, wird im Scheidungsurteil zu Lasten des andern Elternteiles für die Kinder ein Unterhaltsbeitrag an deren Erziehung und Pflege zugesprochen. Reichen diese Unterhaltsbeiträge im Laufe der Jahre wenn die Kinder heranwachsen nicht mehr aus, können sie im Abänderungsverfahren nach Art. 157 ZGB erhöht werden. Es bleibt zu prüfen, ob nebst dem Inhaber der elterlichen Gewalt das Kind selbst zur Abänderungsklage betreffend einen nach den Bestimmungen über die Ehescheidung festgesetzten Unterhaltsbeitrag legitimiert ist.

Das Bundesgericht begründete noch vor Inkrafttreten des

78) A.M. MICHEL, S. 81 f.

neuen Kindesrechtes eine Klagelegitimation des Kindes damit, dass dieses der wahre Gläubiger der Unterhaltsforderungen sei. Demnach sei ausserhalb des Scheidungsprozesses - also in einem nur diese Unterhaltspflicht betreffenden Nachprozess oder bei einer auf solche Ansprüche beschränkten Aenderungsklage im Sinne von Art. 157 ZGB - eine im Namen des Kindes angehobene Klage ebenso zulässig wie die Klageführung in eigenem Namen durch den Inhaber der elterlichen Gewalt.⁷⁹⁾ Es mag wohl stimmen, dass in der Praxis nicht zwischen Abänderungsklagen betreffend Unterhaltsbeiträge für die Kinder im Namen der Kinder oder in eigenem Namen des Gewaltinhabers unterschieden wird. Praktisch führen beide Klagen zu demselben Ergebnis, nämlich dahin, dass dem Gewaltinhaber Unterhaltsbeiträge an Pflege und Erziehung der Kinder zugesprochen werden, die er zwingend für die Kinder zu verwenden hat.

M.E. sind jedoch die Kinder nicht die wahren Gläubiger solcher Unterhaltsbeiträge und deshalb auch nicht zu einer Abänderungsklage legitimiert. Daran ändern auch die heute bestehenden Art. 286 Abs. 2 und 289 Abs. 1 ZGB nichts. Die Legitimation des Kindes nach Art. 286 Abs. 2 ZGB beschränkt sich m.E. auf sein selbständiges Klagerecht nach Art. 279 Abs. 1 ZGB im Zeitpunkte nach seiner Mündigkeit, ist bezüglich Klagelegitimation jedoch nicht auf einen im Scheidungsverfahren ausgesprochenen und bemessenen Unterhaltsbeitrag anwendbar.⁸⁰⁾ Art. 289 Abs. 1

79) BGE 90 II 356

80) Gl.M. offenbar HEGNAUER, Grundriss, S. 120, der vom "eherechtlichen" Verfahren spricht; ebenso STRAEULI/MESSMER, N 42 zu § 196 ZPO

ZGB, soll er sich auf Art. 157 ZGB beziehen, ist auslegungsbedürftig:

Wären die Kinder Gläubiger von Unterhaltsansprüchen, die im Scheidungsverfahren festgesetzt worden sind, müsste ihnen selbst im Scheidungsurteil Unterhalt zugesprochen worden sein. Dies ist aber nicht der Fall. Derjenige Elternteil, dem die elterliche Gewalt über die Kinder nicht zugeteilt worden ist, wird im Scheidungsurteil verpflichtet, dem Inhaber der elterlichen Gewalt Unterhaltsbeiträge an Pflege und Erziehung der Kinder für die Kinder und nicht an die Kinder direkt zu leisten. Die Gläubigereigenschaft liegt daher beim Inhaber der elterlichen Gewalt, sei dies ein Elternteil oder nach dessen Ableben ein gesetzlicher Vertreter der Kinder. Selbst wenn die Unterhaltsverpflichtung "für" die Kinder ausgesprochen wird, so kann dies doch nur bedeuten, dass der Inhaber der elterlichen Gewalt und damit der gesetzliche Vertreter, welcher die Fürsorge über die Kinder zu übernehmen hat, diese Unterhaltsleistungen zwingend für die Pflege und Erziehung der Kinder zu verwenden hat, andernfalls er ein Einschreiten der Vormundschaftsbehörde erwarten muss. Nur dies und nichts anderes kann m.E. Art. 289 in Verbindung mit Art. 290 ZGB in Bezug auf Art. 157 ZGB zum Ausdruck bringen.⁸¹⁾

Die Argumentation über die Gläubigereigenschaft ist jedoch rein theoretischer Natur, denn ob der gesetzliche Vertreter der Kinder in eigenem Namen oder im Namen der Kinder klagt, ist nicht erheblich, weil der Schuldner in jedem

81) A.M. statt vieler, STRAEULI/MESSMER, N 37 zu § 196 ZPO

Fall an den gesetzlichen Vertreter der Kinder oder allenfalls an das bevorschussende Gemeinwesen zu erfüllen hat (Art. 289 ZGB).

Die Gläubigereigenschaft wechselt vom Inhaber der elterlichen Gewalt auf die Kinder m.E. erst dann, wenn diese mündig geworden sind. Sie haben diesfalls ihr Klagerecht gegen den andern Elternteil nicht auf Grund des Scheidungsurteils, sondern selbständig gemäss Art. 277 Abs. 2, Art. 279 i.V.m. Art. 286 Abs. 2 ZGB auszuüben. Der Umstand, dass im Scheidungsurteil der Pflichtige nicht über die Mündigkeit der Kinder hinaus zu Unterhalt verpflichtet werden kann,⁸²⁾ und hernach den mündigen Kindern ein selbständiges Klagerecht zusteht, lässt ebenfalls darauf schliessen, dass die Kinder vor ihrer Mündigkeit keine Gläubigereigenschaft haben können und deshalb auch nicht zur Klage legitimiert sind. Leben zudem noch beide Elternteile, ändert sich damit die Parteizusammensetzung im Abänderungsverfahren gegenüber dem Scheidungsprozess nicht; die Kinder sind auch aus diesem Grunde diesfalls nicht Partei.

Zudem müsste den Kindern, wenn sie als zur Abänderungsklage legitimiert zu betrachten wären, konsequenterweise diese Legitimation auch in Bezug auf das Besuchsrecht, welches sie auch unmittelbar in ihren Rechten betrifft, zustehen. Ferner müssten sie auch passivlegitimiert sein.

⁸³⁾ Darüber hat sich der Gesetzgeber jedoch nicht geäussert, was auf einen Ausschluss der Passivlegitimation hindeutet.

82) Vgl. aber vorne, § 3. N 18

83) Gl.M. KEHL/KEHL II, Nr. 712

4. Andere

Drittpersonen, wie z.B. die Grosseltern der Kinder, besitzen kein Recht auf eine Abänderungsklage.⁸⁴⁾ Sie können jedoch die Notwendigkeit einer Abänderung des Scheidungsurteils der Vormundschaftsbehörde anzeigen. Reagiert diese nicht oder nur unzulänglich, steht jedermann, der ein Interesse daran hat, nach § 63 EG zum ZGB in Verbindung mit Art. 420 Abs. 2 ZGB, die Beschwerde zu.

Zu den weiteren Klageberechtigten gehört das Gemeinwesen. Nicht selten kommt es vor, dass die Armenbehörde die Unterhaltsbeiträge für das Kind bevorschusst unter der Voraussetzung, dass der Inhaber der elterlichen Gewalt bedürftig ist (Art. 293 ZGB). Das Gemeinwesen muss sodann das Recht haben, gegen den Pflichtigen die bevorschussten Unterhaltsbeiträge durchzusetzen. Dazu gehört auch das Recht, Klage auf Abänderung des Unterhaltsbeitrages zu erheben (Art. 286 Abs. 2 ZGB).⁸⁵⁾ Der praktisch häufigste Fall ist jedoch, dass das bevorschussende Gemeinwesen die Unterhaltsbeiträge, die vom Pflichtigen nicht oder nicht vollständig geleistet werden, in Betreuung setzt. Grundsätzlich kann in der Betreuung für Unterhaltsbeiträge an die Familie, die im letzten Jahr vor Anhebung der Betreuung fällig geworden sind, in den Notbedarf des Schuldners eingegriffen werden.⁸⁶⁾ Das Gemeinwesen jedoch ist im Gegensatz zum Familienmitglied insofern in seinen

84) BUEHLER/SPUEHLER, N 66 zu Art. 157 ZGB

85) HEGNAUER, Grundriss, S. 124

86) BGE 89 III 65 mit den dortigen Verweisen

Rechten eingeschränkt, als der Schuldner ihm sein Existenzminimum entgegenhalten kann.⁸⁷⁾

87) BGE 106 II 18 ff.; der Notbedarf wird berechnet nach dem Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich über die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Notbedarfs vom 14. Dezember 1982

H. Das Abänderungsverfahren

I. Verfahrensart

Die Verfahrensart wird durch das kantonale Recht bestimmt. Schon mehrmals wurde in vorliegender Arbeit erwähnt, dass es sich beim Abänderungsverfahren sowohl nach Art. 153 ZGB als auch nach Art. 157 ZGB um einen ordentlichen Prozess handelt. Während des Verfahrens können somit auch vorsorgliche Massnahmen erlassen werden. Die zürcherische Zivilprozessordnung sieht für den Abänderungsprozess allerdings insofern ein einfacheres und rascheres Verfahren vor, als die Klage direkt - ohne vorangegangenes Sühnverfahren - beim Bezirksgericht anhängig gemacht wird (§ 196 Ziff. 4 ZPO).

Ansonsten gestaltet sich das Abänderungsverfahren in Anlehnung an das Scheidungsverfahren.

Es findet eine mündliche Hauptverhandlung statt (§ 119 Ziff. 2 ZPO), zu der die Parteien persönlich zu erscheinen haben. Wenn möglich werden die Parteien schon in der Hauptverhandlung persönlich befragt (§ 198 ZPO). Geht es im Abänderungsverfahren um Kinderbelange (Zuteilung der elterlichen Gewalt, Besuchsrecht oder Kinderunterhalt), hat der Richter wie im Scheidungsprozess den Sachverhalt im Sinne der Offizialmaxime von Amtes wegen festzustellen (§ 142 ZPO). Dies hat zur Folge, dass die Parteien in der Regel zur persönlichen Befragung erscheinen müssen.⁸⁸⁾

88) Eine Ausnahme besteht m.E. bei Wohnsitz einer Partei im Ausland. Eine rechtshilfeweise durchgeführte Befragung scheint mir zulässig, v.a. dann, wenn die betroffene Partei die Reisekosten nicht aufbringen kann.

Erscheint eine Partei ohne genügende Entschuldigung nicht, besteht im Unterschied zu den allgemeinen Vorschriften über das Beweisverfahren (§ 133 ff. ZPO) die Möglichkeit, die betreffende Partei polizeilich vorführen zu lassen, wenn der Sachverhalt von Amtes wegen abgeklärt werden muss (§ 198 Abs. 2 ZPO).

Änderungen der vermögensrechtlichen Nebenfolgen zwischen den Parteien unterstehen wie im Scheidungsprozess der Dispositionsmaxime.

Hinsichtlich von Parteivereinbarungen muss in Anlehnung an den Scheidungsprozess - zumindest im Bereich der Offizialmaxime - dieselbe richterliche Prüfungspflicht bestehen, wie sie gemäss Art. 158 Ziff. 5 ZGB im Scheidungsverfahren besteht.⁸⁹⁾

II. Einleitung des Verfahrens

1. Klage

Das Verfahren wird durch Einreichung der Klage direkt beim Bezirksgericht eingeleitet (§ 196 Ziff. 4 ZPO).

Die Klage ist schriftlich unter Nennung der Parteien und ihrer allfälligen Vertreter sowie des Rechtsbegehrens, welches kurz begründet sein soll, einzureichen (§ 106 Abs. 1 ZPO). Die Wirkungen der Klageerhebung richten sich nach § 107 ZPO.

Da die Klage ohne Sühnverfahren rechtshängig gemacht wird, besteht auch keine Frist für ihre Einreichung, wie sie

89) Keiner Genehmigung bedarf die Vereinbarung über die vermögensrechtlichen Nebenfolgen; vgl. vorne, D. II.

sonst im Umfang von 3 Monaten besteht, wenn nach erfolglosem Sühneversuch die Weisung ausgestellt wird (§ 101 ZPO).

Die Abänderungsklage ist eine Gestaltungsklage. Wird auf Erhöhung der Kinderunterhaltsbeiträge geklagt, verbindet sich mit ihr eine Leistungsklage.⁹⁰⁾

Die Klage hebt die Rechtskraft des abzuändernden Urteils nicht auf. Sind im Abänderungsverfahren keine abweichenden vorsorglichen Massnahmen getroffen worden, so ist mit Bezug auf Kinderzuteilung und Besuchsrecht die durch das Scheidungsurteil getroffene Ordnung verbindlich, bis der Abänderungsentscheid gefällt ist.⁹¹⁾

Die Unterhaltsbeitragspflicht - wiederum vorbehältlich abweichender vorsorglicher Massnahmen - die im abzuändernden Scheidungsurteil festgesetzt worden ist, bleibt bis zum Abänderungsentscheid vollstreckbar. Das Scheidungsurteil berechtigt während des Abänderungsverfahrens zur definitiven Rechtsöffnung.⁹²⁾

2. Abänderung mittels Vereinbarung

Eine Abänderung des Scheidungsurteils mittels Vereinbarung, die wieder der Abänderung unterstehen kann, ist grundsätzlich möglich.⁹³⁾ Zu lösen ist jedoch die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine solche Vereinbarung das Scheidungsurteil abändert. Das Abänderungsverfahren ge-

90) GULDENER, S. 379; KNECHT, S. 73 f.

91) BGE 90 II 357; 78 II 323; GULDENER, S. 379

92) BUEHLER/SPUEHLER, N 190 zu Art. 157 ZGB; SJZ 62 (1966) S. 192 Nr. 114

93) Vgl. vorne, D. II.

staltet sich analog zum Scheidungsverfahren. Auch im Abänderungsverfahren ist demnach eine Parteivereinbarung grundsätzlich in Analogie zu Art. 158 Ziff. 5 ZGB zu genehmigen.⁹⁴⁾ Der Unterschied zu Vereinbarungen im Scheidungsprozess besteht jedoch darin, dass nach neuerer Praxis⁹⁵⁾ nicht mehr jede Vereinbarung betreffend Abänderung des Scheidungsurteils vom Richter genehmigt werden muss. Es ist zu differenzieren zwischen Abänderungsvereinbarungen im Bereich der Offizialmaxime und solchen im Bereich der Dispositionsmaxime.

a) Im Bereich der Offizialmaxime

Die Zuteilung der elterlichen Gewalt, das Besuchsrecht und die Unterhaltsbeiträge für das Kind berühren das Kindesinteresse und stehen daher unter der Offizialmaxime. Diesbezügliche Vereinbarungen sind dem Richter zur Genehmigung vorzulegen. Der Richter hat von seiner Fragepflicht Gebrauch zu machen und die Vormundschaftsbehörde anzuhören. Diese ist im Falle, wo beide Eltern noch leben, nicht zuständig, selbst eine Abänderung der Elternrechte vorzunehmen; ihr Antragsrecht bleibt aber bestehen.⁹⁶⁾ Hat sich der Richter davon überzeugt, dass das Wohl des Kindes durch die vereinbarte Abänderung weiterhin gewahrt bleibt, genehmigt er die Vereinbarung. Ein Spezialfall ergibt sich dann, wenn die Parteien eine aussergerichtliche Vereinbarung betreffend die Kinderunterhaltsbeiträge treffen. Eine

94) FREY, SJZ 73 (1977), S. 187

95) ZR 77 (1978) Nr. 93

96) Vgl. vorne, E. I. 2.

solche Vereinbarung wird gemäss Art. 287 Abs. 1 ZGB mit der Genehmigung der Vormundschaftsbehörde verbindlich. Findet jedoch ein Abänderungsverfahren statt, so ist für die Genehmigung der Richter zuständig (Art. 287 Abs. 3 ZGB).

b) Im Bereich der Dispositionsmaxime

Die Rechtsprechung und ein grosser Teil der Doktrin gehen davon aus, dass nach rechtskräftiger Scheidung eine Vereinbarung über die vermögensrechtlichen Ansprüche der Parteien gegeneinander, welche der Dispositionsmaxime unterstehen, der Genehmigung des Richters nicht mehr unterliegen.⁹⁷⁾ Insbesondere könne daraus gefolgert werden, dass eine solche Vereinbarung auch innerhalb eines gerichtlichen Verfahrens nicht mehr genehmigt werden müsse.⁹⁸⁾

Sowohl für die aussergerichtliche, als auch für die gerichtliche Vereinbarung in Bezug auf Vermögensleistungen zwischen den Parteien sind m.E. Vorbehalte anzubringen.

In ZR 77 (1978) Nr. 93 wird die nicht notwendige Genehmigung damit begründet, dass im Scheidungsprozess der Gesetzgeber mit der Notwendigkeit der Genehmigung der Gefahr entgegentreten wolle, dass eine Partei die durch das fortbestehende Eheband und den darüber schwebenden Streit gegebene Situation ausnütze, um die

97) ZR 77 (1978) Nr. 93; statt vieler HINDERLING, S. 187, STEUP, S. 47; vgl. auch vorne, D. II.

98) ZR 77 (1978) Nr. 93

andere zu einer ihren Interessen zuwiderlaufenden Verständigung in vermögensrechtlicher Beziehung zu bewegen. Diese besondere Situation sei nach der Scheidung nicht mehr gegeben.

Diese Argumentation ist m.E. zu "allgemeinverbindlich". Besonders in familienrechtlichen Streitigkeiten, wozu auch der Abänderungsprozess zu zählen ist, soll man möglichst dem konkreten Fall mit einer individuell geeigneten Lösung gerecht werden, was nur mit der Genehmigungspflicht der Vereinbarung erreicht werden kann. Andererseits untersteht das schweizerische Vertragsrecht der Vertragsfreiheit, welche im Rahmen der gesetzlichen Schranken die Vertragsinhaltsfreiheit miteinschliesst. Gerade aber eine Genehmigungspflicht durch den Richter würde einen Missbrauch dieser Vertragsinhaltsfreiheit ausschliessen. Die Möglichkeit der Anfechtung einer nicht genehmigten Vereinbarung gemäss Art. 21 OR durch die verletzte Partei ist m.E. kein hinreichender Schutz. Besteht zwischen den Parteien auch nach der Scheidung noch eine besondere psychologische Situation bzw. ein Abhängigkeitsverhältnis irgendwelcher Art, wird die verletzte Partei, die der Vereinbarung zugestimmt hat, davon absehen, die Vereinbarung gemäss Art. 21 OR anzufechten. Der einzige sichere Schutz dieser Partei ist deshalb die richterliche Genehmigungspflicht einer solchen Vereinbarung. 99)

Zumindest sollte jede Vereinbarung, die im Abänderungs-

99) Ueber den Vorschlag eines vereinfachten Verfahrens im Sinne lediglich summarischer Ueberprüfung der Vereinbarung in solchen Fällen durch den Richter vgl. vorne, § 3. B. II. 4.

verfahren vorgelegt oder erst getroffen wird, durch den Richter genehmigt werden. Er darf m.E. nicht verweigern, die Vereinbarung auf Wunsch der Parteien zu überprüfen, nur weil eine Genehmigungs- und damit Ueberprüfungspflicht nach der heutigen Praxis auch innerhalb des Verfahrens nicht besteht.

3. Abänderung von Amtes wegen

Das Abänderungsverfahren wird nicht von Amtes wegen erhoben.¹⁰⁰⁾ Eine Präzisierung hat dahingehend zu erfolgen, dass das Abänderungsverfahren nicht von Amtes wegen durch den Richter eingeleitet wird. Kommt der Vormundschaftsbehörde die Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohles eines Kindes oder eine solche eines Kindesvermögens zur Kenntnis, hat sie von Amtes wegen einzuschreiten (Art. 157 ZGB i.V.m. § 59 EG zum ZGB). Sie hat als Behörde ihre Klagelegitimation vom Amtes wegen wahrzunehmen und ein Abänderungsverfahren als Klägerin einzuleiten.

III. Der Abänderungsentscheid

1. Wirkungen

In Bezug auf die Elternrechte tritt bei Gutheissung der Abänderungsklage die neue Rechtslage ex nunc mit der Rechtskraft des Abänderungsurteils ein.¹⁰¹⁾

Die Rückwirkung von Unterhaltsurteilen, die Unterhaltsleistungen an Kinder betreffen, richtet sich nach Art. 279

100) MICHEL, S. 75; WAESCH, S. 50; MURBACH, S. 67

101) BUEHLER/SPUEHLER, N 189 zu Art. 157 ZGB

Abs. 1 ZGB¹⁰²⁾. Die frühere Praxis¹⁰³⁾ ist überholt. Bei der Herabsetzung von vom Verpflichteten zu leistenden Unterhaltsbeiträgen, liegt es im Ermessen des Richters, den Zeitpunkt der Aenderung festzusetzen. In der Regel wird er die Aenderung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Klageanhebung eintreten lassen, weil die beklagte Partei von da an mit einer Aenderung rechnen muss.¹⁰⁴⁾ Meist ist die Aenderung der Verhältnisse schon vor dem Zeitpunkt der Klageanhebung eingetreten. Eine weitergehende Rückwirkung des Abänderungsentscheides als bis zum Zeitpunkt der Klageanhebung kann aber nicht in Frage kommen. Die Aenderung der Verhältnisse hat von dem Moment an als eingetreten zu gelten, als sie durch Klageanhebung geltend gemacht wird. Denn erst von da an scheint der Kläger auf einen Abänderungsentscheid angewiesen zu sein. In Ausnahmefällen ist m.E. eine weitergehende Rückwirkung zulässig, nämlich z.B. dann, wenn der Kläger nachweisen kann, dass er durch Versprechungen der beklagten Partei, die sich im Nachhinein lediglich als Instrument einer "Hinhaltetaktik" erwiesen haben, in guten Treuen annehmen durfte, dass eine Abänderungsvereinbarung zustande kommen würde, die ein Kosten verursachendes Gerichtsverfahren hinfällig gemacht hätte. Umgekehrt ist die Rechtsänderung bei einer Klage, die vorsorglich erhoben wurde in Erwartung einer Veränderung der Verhältnisse, die dann während des Gerichtsverfahrens eingetreten ist, auch erst vom tatsächlichen Eintritt der Veränderung der Verhältnisse anzuordnen.

102) STRAEULI/MESSMER, N 32 zu § 196 Ziff. 4 ZPO

103) ZR 70 (1971) Nr. 2 S. 7; BGE 90 II 357

104) HINDERLING, S. 168

Der Abänderungsentscheid selbst kann unter Vorbehalt der Einrede der materiellen Rechtskraft wiederum abgeändert werden.¹⁰⁵⁾ Es handelt sich dann um eine Abänderung des abgeänderten Scheidungsurteils. Unzulässig scheinen mir durch den Richter für ein erneutes Abänderungsbegehren ausgesprochene Sperrfristen zu sein, um eine Beruhigung der Situation zu erzielen.¹⁰⁶⁾

2. Form

a) Abänderung mittels Urteil

Erfolgt die Abänderung nicht durch eine Konvention, sondern durch richterlichen Entscheid in der Sache selbst, ergeht ein Urteil das gemäss MS, Zivil, 12.61 wie folgt zu lauten hat:

Das Gericht erkennt:

1. Dispositiv Ziff. 3 des Scheidungsurteils des Bezirksgerichtes ... vom ... wird aufgehoben und durch die folgende Fassung ersetzt: ...

b) Abänderung mittels Beschluss

Schliessen die Parteien eine Vereinbarung, so erfolgt der Abänderungsentscheid grundsätzlich durch Beschluss, welcher nach MS, Zivil, 12.62 folgendermassen lautet:

Das Gericht beschliesst:

105) ZR 58 (1959) Nr. 55

106) Vgl. KEHL/KEHL II, Nr. 765

1. Die Vereinbarung der Parteien vom ... über die Abänderung des Scheidungsurteils des ... vom ... wird genehmigt und demgemäss Ziff. ... des Urteils vom ... durch die folgende Fassung ersetzt: ...

Diese Lösung mag für die der Dispositionsmaxime unterstehenden Vereinbarungen zutreffen. Die der Officialmaxime unterstehenden Vereinbarung sollten jedoch auch im Abänderungsverfahren analog zum Scheidungsverfahren lediglich als Anträge der Parteien verstanden werden, so dass für die Elternrechte und Kinderbelange trotz genehmigter Konvention ein Abänderungsurteil zu ergehen hätte. Der Abänderungsrichter hat doch immerhin im Rahmen der Officialmaxime in der Sache selbst entschieden. Gerade weil dies allein durch die Genehmigung der Konvention nicht ohne weiteres zum Ausdruck kommt, rechtfertigt sich ein Abänderungsentscheid in der Form des Urteils.

3. Anfechtbarkeit

a) Des Urteils

Gegen das Abänderungsurteil ist grundsätzlich die Berufung gemäss § 259 Ziff. 1 ZPO ans zürcherische Obergericht gegeben. Betrifft das Abänderungsverfahren jedoch nur Unterhaltsleistungen, so bestimmt sich die Weiterziehbarkeit nach dem Streitwert,¹⁰⁷⁾ der gemäss § 21 ZPO durch Kapitalisierung der periodischen Unterhaltsleistungen berechnet wird.

Uebersteigt demnach der Streitwert Fr. 5'000.--¹⁰⁸⁾ nicht, so ist das Urteil, sofern eine der Voraus-

107) STRAEULI/MESSMER, N 41 zu § 196 und N 12 zu § 17 ZPO; BGE 82 II 367; 85 II 366; 95 II 75

108) Gemäss Volksabstimmung vom 6./7. Dezember 1986 zur Abänderung der ZPO im Zuge der Schaffung des Konsumentenschutzverfahrens werden zukünftig allgemein für § 271 ZPO neue Streitwertgrenzen gelten: Vor dem Einzelrichter Fr. 8'000.--, vor dem Bezirksgericht Fr. 12'000.--.

setzungen nach § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO gegeben ist, mit Nichtigkeitsbeschwerde anzufechten.

b) Des Beschlusses

Gegen den Beschluss kann gemäss § 271 Ziff. 2 ZPO grundsätzlich Rekurs erhoben werden. Bei Abänderungsentscheiden, die lediglich Unterhaltsleistungen betreffen, ist wiederum der Streitwert massgebend. Es kann auf das unter a) vorstehend Ausgeführte verwiesen werden.

4. Kostenauflage

Die Kostenauflage richtet sich grundsätzlich nach den §§ 64 ff. ZPO. Für das Abänderungsverfahren ist besonders zu beachten, dass der Vormundschaftsbehörde als Partei gemäss § 203 Ziff. 2 GVG keine Kosten auferlegt werden dürfen, was m.E. in Bezug auf die Entschädigungsfolgen nicht gilt. Ist die Vormundschaftsbehörde im Abänderungsprozess unterlegen, so hat sie gemäss § 68 ff. ZPO die Gegenpartei zu entschädigen.

§ 6 Die Ergänzung des Scheidungsurteils

A. Begriff

Hat das Gericht aus Versehen oder aus Rechtsirrtum oder Unkenntnis von Tatsachen eine Frage im Scheidungsurteil offengelassen, die es notwendigerweise hätte regeln müssen, so weist das Scheidungsurteil eine Lücke auf, die durch eine entsprechende nachträgliche Ergänzung dieses Urteils auszufüllen ist.¹⁾

Das Scheidungsurteil kann eine materielle oder formelle Lücke aufweisen. Enthält z.B. ein Scheidungsurteil entweder überhaupt keine Regelung des Rechts des nicht gewalthabenden Elternteils auf persönlichen Verkehr oder hat es nicht mindestens eine Grundsatz und Umfang bestimmende Ordnung desselben zum Inhalt, so weist es eine materielle Lücke auf. Eine solche liegt somit bei einer materiell unvollständigen Regelung vor.²⁾

Ein Scheidungsurteil weist eine formelle Lücke auf, wenn eine bei einer Scheidung notwendigerweise zu entscheidende Frage formell nicht rechtsgenügend geregelt ist. Daran fehlt es z.B., wenn im Dispositiv eines Scheidungsurteils von einer Scheidungskonvention oder einem Teil derselben lediglich "Vormerk genommen" wird.³⁾

1) HAGGER, S. 45; ZR 79 (1980) Nr. 89, S. 172; BGE 104 II 291

2) SPUEHLER, SJZ 79 (1983), S. 38

3) SPUEHLER, SJZ 79 (1983), S. 39; vgl. dazu auch vorne, § 3. A. II. 5.

B. Gesetzliche Regelung und praktische Bedeutung

Die Urteilsergänzung wird gesetzlich noch weniger geregelt als die Urteilserläuterung und die Urteilsabänderung. Im ZGB findet sich gar kein Hinweis auf die Urteilsergänzung, in der zürcherischen ZPO einzig in § 196 Ziff. 4 ZPO, wo Klagen auf Ergänzung oder Aenderung betreffend Scheidung, Trennung oder Ungültigerklärung der Ehe in Bezug auf Unterhaltsbeiträge oder die Elternrechte (Art. 153 Abs. 2 und Art. 157 ZGB) sowie auf Aenderung von Entscheiden über den Unterhaltsbeitrag an das aussereheliche Kind (Art. 286 Abs. 2 ZGB) auf den Weg der direkten Klageerhebung verwiesen werden.

Prozessrechtlich gelten grundsätzlich die für das Scheidungsverfahren massgebenden Prozessvorschriften, wobei allerdings die z.T. schon erwähnten formellen Vereinfachungen zugestanden werden, wie direkte Klage und abgekürztes Verfahren.⁴⁾

Die praktische Bedeutung ist gegenüber der Abänderung des Scheidungsurteils geringer. Die Gründe für ein Abänderungsverfahren sind zahlreicher als für ein Ergänzungsverfahren. Zudem hat das Ergänzungsverfahren gegenüber dem Abänderungsverfahren eine vom Gericht verursachte materielle oder formelle Unvollständigkeit zur Grundlage, die nicht so häufig auftritt wie eine Veränderung der Lebensumstände, welche zur Abänderung des Scheidungsurteils führt. Die Anzahl Abänderungsverfahren ist also sicher grösser, als die Zahl der Ergänzungsverfahren. Die

4) BUEHLER/SPUEHLER, N 98 Vorbemerkungen zu Art. 149 - 157 ZGB

rechtliche Bedeutung, d.h. die rechtlichen Konsequenzen, die sich aus dem mangelhaften Urteil ergeben, ist hingegen gegenüber der Abänderung m.E. grösser. Da das lückenhafte Scheidungsurteil nicht vollstreckbar ist, erscheint eine Ergänzung als vordringlich. Dies mag ein Grund dafür sein, dass eine Ergänzung des Scheidungsurteils auch von Amtes wegen vorzunehmen ist.⁵⁾ Ein nicht mehr den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Scheidungsurteil ist jedoch vollstreckbar, bis es rechtskräftig abgeändert ist. Solange die Veränderung der Verhältnisse nicht geltend gemacht wird, leidet es an keinem Mangel.

5) MURBACH, S. 54

C. Das Wesen der Ergänzung

I. Die Ergänzung als selbständiges Verfahren

Beim Ergänzungsverfahren zu einem schweizerischen Scheidungsurteil handelt es sich sachlich um die Fortführung des durch das lückenhafte Urteil abgeschlossenen Prozesses, formell wird jedoch ein neues Verfahren anhängig gemacht und auch als solches gerichtsintern registriert und mit einem neuen Erledigungsentscheid abgeschlossen. Demnach handelt es sich beim Ergänzungsverfahren um ein selbständiges Verfahren.⁶⁾ Man kann m.E. das Ergänzungsverfahren nicht als unselbständiges Verfahren mit der Begründung bezeichnen, die in der Natur der Sache liegende rechtliche Einheit mit dem Scheidungsprozess gehe nicht verloren. Jedes Nachverfahren zum Scheidungsprozess steht materiell mit diesem im Zusammenhang. Gleichwohl handelt es sich bei den in vorliegender Arbeit behandelten Nachverfahren um selbständige Verfahren, weil für die Beurteilung der Selbständigkeit m.E. die obgenannten formellen Kriterien entscheidend sind.

II. Abgrenzungen

1. Gegenüber der Erläuterung

Ein Unterschied zwischen Ergänzung und Erläuterung liegt bei den Ausgangspunkten der beiden Verfahren.

Das Erläuterungsverfahren wird angestrengt zur Präzisierung und Verdeutlichung eines seinem Inhalt nach

6) Gl.M. BGE 107 II 17; SCHNITZER, S. 419; a.M. BUEHLER/SPUEHLER, N 98 Vorbemerkungen zu Art. 149 - 157 ZGB und offenbar auch MURBACH, S. 57

bereits vorliegenden Entscheides, währenddem die Ergänzung gerade darum notwendig wird, weil der Entscheid lückenhaft ist und somit dem korrekten Inhalt nach, der eigentlich vorliegen sollte, noch nicht vorliegt.

Bei Erläuterung als auch bei Ergänzung des Scheidungsurteils ist der Scheidungsrichter zuständig. Hingegen handelt es sich beim Ergänzungsverfahren um einen ordentlichen Prozess, in dem im Gegensatz zum Erläuterungsverfahren Noven geltend gemacht werden können und eventuell ein Beweisverfahren durchgeführt werden muss.⁷⁾

Die Erledigung der beiden Verfahren unterscheidet sich ebenfalls. Im Ergänzungsverfahren ergeht ein Urteil, es sei denn die Parteien hätten eine Konvention geschlossen auf Grund welcher ein Beschluss erginge, das Erläuterungsverfahren hingegen wird immer durch eine Verfügung oder einen Beschluss abgeschlossen.⁸⁾

Diese Erledigungsentscheide sind mit verschiedenen Rechtsmitteln anzufechten:

Das Ergänzungsurteil mit Berufung, der Erläuterungsentscheid mit Rekurs.⁹⁾

2. Gegenüber der Abänderung

Von der Abänderungsklage (Art. 153 und 157 ZGB) unterscheidet sich das Ergänzungsbegehren darin, dass diese die Unvollständigkeit des Urteils mit Bezug auf eine notwendigerweise zu regelnde Frage voraussetzt, während jene die

7) HAGGER, S. 46

8) HAGGER, S. 47; vgl. hinten, G. III. 2. b.

9) Vgl. vorne, § 4. G. VI. 4.

Neuregelung einer im Urteil getroffenen Anordnung infolge nachträglicher Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse zum Gegenstand hat.¹⁰⁾

Ein weiterer Unterschied zwischen den beiden Verfahren besteht bezüglich Zuständigkeit. Für die Ergänzung des schweizerischen Scheidungsurteils ist der Scheidungsrichter, für die Abänderung grundsätzlich der Richter am Wohnsitz der beklagten Partei zuständig.

In der Verfahrensart unterscheiden sich Ergänzung und Abänderung praktisch kaum. Beide Verfahren bestimmen sich nach § 196 Ziff. 4 ZPO und werden demnach durch direkte Klageerhebung beim Gericht anhängig gemacht. Im übrigen handelt es sich bei beiden Verfahren - wie bereits erwähnt - um einen ordentlichen Prozess.

10) BUEHLER/SPUEHLER, N 94 Vorbemerkungen zu Art. 149 - 157 ZGB

D. Gegenstand der Ergänzung

I. Das Scheidungsdispositiv

1. Materieller Mangel

Nach dem Grundsatz der notwendigen Einheit des Scheidungsurteils darf die Gestaltung der Elternrechte und die Frage der Interessen der Kinder in keinem Fall, selbst nicht mit Zustimmung der Parteien, von der Scheidungsfrage abgetrennt in ein besonderes Verfahren verwiesen werden.¹¹⁾

Daher sind im Scheidungsdispositiv der Scheidungspunkt selbst und alle der Officialmaxime unterstellten Nebenfolgen in einer selbständigen Bestimmung zu regeln, selbst wenn die Parteien darüber eine Vereinbarung geschlossen haben.¹²⁾ Wurde eine solche Bestimmung vergessen oder ihrem Inhalt nach materiell oder formell unvollständig geregelt, so ist das Scheidungsdispositiv zu ergänzen. Solche Ergänzungen sind meist in Bezug auf Kinderzuteilung, Besuchsrecht und Kinderunterhalt vorzunehmen.

Hat z.B. der Scheidungsrichter das Ferienbesuchsrecht zu regeln vergessen, so ist das Urteil dahingehend zu ergänzen. Wollte er dem Elternteil, dem die elterliche Gewalt über die Kinder nicht zugeteilt worden ist, bewusst kein Ferienbesuchsrecht zuerkennen, so wäre das Urteil dahingehend erläuterungsbedürftig.¹³⁾

Nicht immer ist jedoch das Scheidungsdispositiv zu ergänzen, weil der Richter eine notwendig zu regelnde

11) SPUEHLER, SJZ 79 (1983), S. 38; BUEHLER/SPUEHLER, N 58 Vorbemerkungen zu Art. 149 - 157 ZGB

12) Vgl. vorne, § 3. N 53; STAEHELIN, S. 287; SPUEHLER, SJZ 79 (1983) S. 39

13) Vgl. vorne, § 4. E.

Frage vergessen hat zu entscheiden. Es kann durchaus vorkommen, dass er mangels Kenntnis von Tatsachen eine Frage gar nicht regeln konnte, obwohl sie im Dispositiv einer Entscheidung bedurft hätte. So ist ein noch während der Ehe gezeugtes Kind, das nach der Fällung des Scheidungsurteils geboren worden ist, und von dessen zu erwartenden Geburt der Scheidungsrichter keine Kenntnis hatte, nachträglich unter die elterliche Gewalt einer Partei, gegebenenfalls auch unter Vormundschaft zu stellen. Bevor es jedoch in diesem Fall zur Ergänzung des Scheidungsurteils kommt, steht der nasciturus, über den im Scheidungsurteil nichts bestimmt worden ist, zunächst unter der elterlichen Gewalt beider Eltern, falls diesen nicht die elterliche Gewalt entzogen worden ist.¹⁴⁾ Das Scheidungsurteil ist gerade deshalb ergänzungsbedürftig, weil sich die Anordnungen des Scheidungsrichters über die zur Zeit der Scheidung schon vorhandenen Kinder nicht ohne weiteres auf das nachgeborene Kind übertragen, und zwar auch dann nicht, wenn die anderen Kinder alle dem nämlichen Elternteil zugewiesen worden sind.¹⁵⁾

Stirbt der Vater des nachgeborenen Kindes nach der Scheidung, jedoch vor Geburt des Kindes, so fällt die elterliche Gewalt m.E. automatisch der Mutter zu, es sei denn, dieser sei über schon vorhandene Kinder die elterliche Gewalt entzogen worden.

14) BGE 86 II 210

15) BUEHLER/SPUEHLER, N 56 zu Art. 157 ZGB mit den dortigen Verweisen

2. Formeller Mangel

Eine Ergänzung des Scheidungsurteils in formeller Hinsicht ist möglich, jedoch weniger bedeutend, als wenn das Urteil materiell ergänzt werden muss. Zu erwähnen ist das bereits dargestellte Beispiel¹⁶⁾, bei dem im Dispositiv lediglich von der Scheidungsvereinbarung der Parteien über die güter- und scheidungsrechtlichen Nebenfolgen Vormerk genommen wurde, währenddem diese jedoch ausdrücklich hätte genehmigt werden müssen. Das Scheidungsurteil bzw. Dispositiv ist in einem solchen Fall formell unvollständig. Eine nicht genehmigte Konvention kann zusammen mit dem Scheidungsurteil keine Rechtsverbindlichkeit erlangen und nicht vollstreckt werden. Da es durch die ausdrückliche Genehmigung formell berichtet wird, ist m.E. unklar, ob das Scheidungsdispositiv zu erläutern oder zu ergänzen ist. Da die Genehmigung der Konvention jedoch eine notwendig vorzunehmende Anordnung ist, ist das Dispositiv eher zu ergänzen als zu erläutern, es sei denn, der Scheidungsrichter habe die Erteilung der Genehmigung gewollt, sie jedoch mit falschen Worten im Dispositiv ausgedrückt. Auf jeden Fall ist m.E. das Scheidungsdispositiv durch die Vornahme der ausdrücklichen Genehmigung zu korrigieren.¹⁷⁾

SPUEHLER will sogar ein formell unvollständiges Scheidungsdispositiv annehmen, wenn die Elternrechte lediglich

16) Vgl. vorne, A.

17) A.M. offenbar BGE 102 II 69 f., wo die "Vormerknahme" nach erfolgter Auslegung als zulässig betrachtet wurde.

als in der Scheidungskonvention vereinbart und durch den Richter global genehmigt werden. Die der Offizialmaxime unterstellten Nebenfolgen seien auf jeden Fall mit selbständigen Bestimmungen im Urteilsdispositiv zu regeln.¹⁸⁾ Diese Ansicht ist m.E. zu eng. Obwohl hinsichtlich Klarheit und Durchsetzbarkeit diesbezüglich selbständige Bestimmungen im Urteilsdispositiv zu befürworten sind, darf man nicht ausser acht lassen, dass der Richter die unter der Offizialmaxime stehenden Nebenfolgen von Amtes wegen zu prüfen und sich davon zu überzeugen hat, ob die in der Scheidungsvereinbarung der Parteien getroffene Regelung einer geeigneten und zulässigen Lösung entspreche.¹⁹⁾ Wird dann eine solche vom Richter ausdrücklich genehmigt und die Vereinbarung in ihrem Wortlaut im Scheidungsurteil genannt, so bestehen auch hinsichtlich Vollstreckbarkeit keine Hindernisse. Die genehmigte Konvention kann zusammen mit dem Scheidungsurteil ohne weiteres vollstreckt werden. Einer Ergänzung bedarf ein solches Urteil m.E. nicht, da trotz globaler Genehmigung, jedoch unter der Voraussetzung, dass die genehmigte Konvention im Scheidungsurteil nach ihrem Wortlaut aufgeführt ist, eine vollständige Regelung durch den Richter getroffen worden ist, ohne dass er die Offizialmaxime verletzt hätte. Der Klarheit - jedoch nicht der formellen Vollständigkeit halber - sind selbständige Bestimmungen

18) SPUEHLER, SJZ 79 (1983) S. 39

19) Deshalb können von den Parteien durch Vereinbarung geregelte, der Offizialmaxime unterstehende Nebenfolgen vom Richter lediglich als Antrag der Parteien verstanden werden, was durchaus der Regel entspricht; vgl. vorne § 3. N 53

für Nebenfolgen im Bereich der Offizialmaxime im Dispositiv vorzuziehen.

II. Die Scheidungskonvention

1. Die richterlich genehmigte Scheidungskonvention

Die Scheidungskonvention ist vom Richter auf ihre Angemessenheit, Klarheit, Vollständigkeit und rechtliche Zulässigkeit hin zu überprüfen. Dies hat nicht nur im Bereich der Offizialmaxime, sondern auch im Bereich der Dispositionsmaxime zu geschehen, da der Richter der besonderen psychologischen Situation zwischen den Parteien vor und während des Scheidungsprozesses genügend Rechnung tragen muss.²⁰⁾

Wird eine Scheidungskonvention vom Richter auch bezüglich den der Offizialmaxime unterstehenden Nebenfolgen lediglich genehmigt und für diese keine separate Regelung in Form von selbständigen Bestimmungen im Dispositiv getroffen, muss konsequenterweise und zum Schutze der Interessen der Parteien und vor allem der Kinder die Scheidungskonvention der Ergänzung zugänglich sein, sollte sich herausstellen, dass diese unvollständig oder teilweise unzulässig ist. Eine solche Ergänzung wäre dann am besten in der Weise vorzunehmen, dass die Konvention aufgeteilt und in Form von selbständigen Bestimmungen ins Dispositiv aufgenommen würde, wie es der Regel entspricht.

Genehmigt der Scheidungsrichter eine Vereinbarung über die der freien Disposition der Parteien unterstehenden vermögensrechtlichen Nebenfolgen und stellt sich nachträglich

20) Vgl. vorne, § 3. B. II. und III.2.

heraus, dass diese Vereinbarung eine Lücke aufweist, so ist sie im Ergänzungsverfahren durch den Richter zu schliessen, soweit der nachträglichen Geltendmachung solcher Ansprüche nicht ein Verzicht entgegensteht.²¹⁾ Der Ansicht, nur die der Offizialmaxime unterstehenden und in einer Vereinbarung geregelten Nebenfolgen könnten der Ergänzung zugänglich sein, kann nicht gefolgt werden. Als Beispiel für die Ergänzung einer der Parteidisposition unterstehenden Vereinbarung lässt sich die Vereinbarung zweier Parteien über ihre güterrechtlichen Nebenfolgen anführen, die vom Richter im Scheidungsverfahren genehmigt wurde. Nachträglich stellt sich anlässlich eines Nachverfahrens heraus, dass die Parteien nebst der gerichtlich genehmigten Vereinbarung eine mündliche Abmachung getroffen hatten, für die sie eine richterliche Genehmigung nicht für notwendig gehalten hatten. Da sie sich jedoch in der genehmigten Vereinbarung als per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt erklärten, stellte sich die Frage, ob die Vereinbarung mit der mündlich getroffenen Abmachung zu ergänzen sei. Zweifellos waren sich die Parteien mündlich über einen Anspruch einig geworden, der nicht in die Vereinbarung aufgenommen worden war. Diesbezüglich muss die Vereinbarung in diesem Punkt als lückenhaft gelten und ist zu ergänzen.²²⁾

Vorzugehen ist bei der Ergänzung der Scheidungskonvention wie bei einem obligationenrechtlichen Vertrag. Der Richter hat vorerst durch Auslegung zu prüfen, ob der Vereinbarung ein übereinstimmender Wille der Parteien im strittigen Punkt entnommen werden kann. Ist dies der Fall, liegt

21) BUEHLER/SPUEHLER, N 88 Vorbemerkungen zu Art. 149 - 157 ZGB

22) BGE 104 II 289 ff.

keine Lücke vor. Eine Lücke liegt jedoch, wie obiges Beispiel zeigt, dann vor, wenn die Parteien in der Vereinbarung eine Frage regeln wollten, die jedoch tatsächlich von ihnen nicht oder nur unvollständig geregelt worden ist. Handelt es sich um eine nicht gewollte Unvollständigkeit der Parteien, so hat der Richter die Vereinbarung nicht zu ergänzen, sondern das Ergänzungsbegehren in diesem Punkt zu verwerfen.²³⁾ Den Parteien bleibt die Möglichkeit, im Ergänzungsverfahren eine neue Vereinbarung zu schliessen, welche die nicht gewollte Vertragslücke aufhebt.

2. Die aussergerichtliche Scheidungskonvention

Es wurde bereits ausgeführt, dass nach rechtskräftigem Scheidungsurteil gemäss neuerer Praxis die Parteien Vereinbarungen über die nicht unter der Officialmaxime stehenden Nebenfolgen schliessen können, welche das Scheidungsurteil abändern oder auch ergänzen und vom Richter nicht mehr genehmigt werden müssen. Kann betreffend solche Vereinbarungen ein Abänderungsverfahren angestrengt werden,²⁴⁾ so ist nicht einzusehen, warum eine solche Vereinbarung nicht auch der Ergänzung zugänglich sein könnte. Haben die Parteien eine von ihnen eigentlich gewollte Abmachung in der Vereinbarung nicht geregelt, sind ihre Interessen ebenso schützenswert, wie diejenigen der Parteien, die die Vereinbarung haben richterlich genehmigen lassen. Zudem könnte eine nicht vorgenommene

23) BUEHLER/SPUEHLER, N 192 zu Art. 158 ZGB

24) Vgl. vorne, § 5. D. II.

Ergänzung für eine Partei eine ebenso grosse Härte bedeuten wie eine nicht vorgenommene Abänderung einer aussergerichtlichen Vereinbarung.²⁵⁾

III. Das rechtskräftige Scheidungsurteil

Das Begehren um Ergänzung des Scheidungsurteils ist an keine Frist gebunden. Es kann jederzeit erhoben werden und ist demnach gegen rechtskräftige Scheidungsurteile möglich.²⁶⁾ Andernfalls bliebe ein lückenhaftes, jedoch rechtskräftiges Scheidungsurteil im ergänzungsbedürftigen Punkt unvollstreckbar.

25) Vgl. vorne, § 5. D. II.

26) BUEHLER/SPUEHLER, N 60 zu Art. 157 ZGB

E. Zuständigkeit

I. Sachliche Zuständigkeit

1. Zuständigkeit des Richters und der Vormundschaftsbehörde?

Für die Ergänzung eines Scheidungsurteils ist immer der Richter zuständig. Die Ergänzung des unvollständigen Scheidungsurteils betreffend die Elternrechte, sei es in Bezug auf die elterliche Gewalt oder sei es in Bezug auf das Besuchsrecht, kann nicht durch die Vormundschaftsbehörde erfolgen.²⁷⁾

Bei der Abänderung des Scheidungsurteils lässt sich die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde im Falle des Todes des Inhabers der elterlichen Gewalt in Bezug auf Kindeschutzmassnahmen aus Art. 315a Abs. 3 ZGB ableiten.²⁸⁾

Bezüglich Ergänzung des Scheidungsurteils besteht jedoch überhaupt keine Bestimmung, die auf eine Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde hindeuten würde. Zudem ist zu beachten, dass im Ergänzungsverfahren, das in einem engen Zusammenhang mit dem Scheidungsverfahren steht, der Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils gewahrt werden soll und deshalb grundsätzlich nur die alleinige Zuständigkeit des Scheidungsrichters in Frage kommen kann, was eine Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde von vorneherein ausschliesst.

2. Zuständigkeit des Schiedsgerichtes

Wie bei der Abänderung des Scheidungsurteils ist es m.E.

27) KEHL/KEHL II, Nr. 783; BUEHLER/SPUEHLER, N 96 Vorbe-
merkungen zu Art. 149 - 157 ZGB

28) Vgl. vorne, § 5. E. I. 2.

zulässig, die vermögensrechtlichen Nebenfolgen, welche unter der freien Disposition der Parteien stehen, durch ein Schiedsgericht beurteilen und allenfalls ergänzen zu lassen. Wenn schon die aussergerichtlichen Vereinbarungen über die der Dispositonsmaxime unterstehenden Nebenfolgen nicht mehr analog zu Art. 158 Ziff. 5 ZGB genehmigt werden müssen, so soll es den Parteien auch frei stehen, bei einer Streitigkeit über eine Lücke in der Regelung über die genannten Nebenfolgen sich einem Schiedsspruch zu unterziehen.²⁹⁾

3. Zuständigkeit des Vollstreckungsrichters

Der Vollstreckungsrichter ist genauso wie er ein Scheidungsurteil im Rechtsöffnungs- oder Befehlsverfahren nicht abändern darf, nicht befugt, ein Scheidungsurteil zu ergänzen. Wird für etwas Vollstreckung verlangt, was gar nicht im Scheidungsurteil geregelt ist, so hat der Vollstreckungsrichter die Parteien auf das Ergänzungsverfahren zu verweisen. Da jedoch eine Ergänzung des Scheidungsurteils nach übereinstimmender Lehre zumindest was die Nebenfolgen betrifft, die der Offizialmaxime unterstehen, von Amtes wegen zu erfolgen hat,³⁰⁾ halte ich es für angebracht, wenn der Vollstreckungsrichter, sobald ihm die Ergänzungsbedürftigkeit des Urteils zur Kenntnis gelangt ist, den zuständigen Scheidungsrichter darauf hinweist.

29) Vgl. dazu auch vorne, § 5. E. I. 3.

30) BUEHLER/SPUEHLER, N 60 zu Art. 157 ZGB; STUDER, S. 54

Im übrigen kann auf die Ausführungen zur sachlichen Zuständigkeit in Bezug auf die Abänderung des Scheidungsurteils verwiesen werden.³¹⁾

II. Oertliche Zuständigkeit

1. Innerstaatliche Zuständigkeit

a) Grundsatz

Ausgehend vom Grundsatz der notwendigen Einheit des Scheidungsurteils bleibt für die Ergänzung eines schweizerischen Scheidungsurteils derjenige Richter örtlich zuständig, der das Scheidungsurteil ausgesprochen hat.³²⁾

b) Grenzfall

Es ist denkbar, dass eine Partei das Scheidungsurteil vom Richter sowohl ergänzen als auch abändern lassen will. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn im Scheidungsurteil das Besuchsrecht nicht oder nur unvollständig geregelt ist, und sich zugleich die finanziellen Verhältnisse des anbegehrenden Pflichtigen derart verschlechtert haben, dass er nicht mehr in der Lage ist, die im Scheidungsurteil festgesetzten Unterhaltsbeiträge für die Kinder zu bezahlen.

Muss ein solches kombiniertes Begehren bezüglich Gerichtsstand nun als Ergänzungs- oder als Abänderungsbegehren betrachtet werden?

31) Vgl. vorne, § 5. E. I. 4.

32) BGE 107 II 15 E. 2; 104 II 291; 81 II 315

Geht man vom Grundsatz der notwendigen Einheit des Scheidungsurteils aus, der nicht verletzt werden soll, so ist das genannte Begehren als Ergänzungsbegehren zu betrachten. Der Scheidungsrichter wäre diesfalls auch für die Abänderung des Scheidungsurteils zuständig. Entdeckt der Abänderungsrichter andererseits im Abänderungsverfahren, dass das Scheidungsurteil nicht nur abzuändern, sondern auch zu ergänzen ist, so ist er m.E. für die Ergänzung, die von Amtes wegen vorgenommen wird, aus prozessökonomischen Gründen ebenfalls zuständig. Nicht einzig der Scheidungsrichter ist für eine Ergänzung des Scheidungsurteils als kompetent anzusehen. Die Zuständigkeit des Scheidungsrichters hat lediglich den Vorteil, dass sich das Gericht mit dem Fall schon einmal befasst hat und die Entscheidungsgründe dazu genau kennt. Aber auch der Abänderungsrichter kann sich auf Grund der Akten über den Scheidungsprozess ein genügend umfassendes Bild machen, um das Scheidungsurteil kompetent zu ergänzen. Wirkliche Vorteile der Zuständigkeit des Scheidungsrichters bestehen erst dann, wenn das Scheidungsgericht in derselben personellen Besetzung die Ergänzung des Scheidungsurteils vornehmen kann, wie sie im Scheidungsprozess bestanden hat. Praktisch wird dieser Idealfall der Zuständigkeit, der erst die Befolgung des Grundsatzes der Einheit des Scheidungsurteils garantiert, nur selten eintreffen.

c) Nur für die güterrechtliche Auseinandersetzung

KEHL/KEHL führen in Bezug auf die güterrechtliche Auseinandersetzung aus: "Da die güterrechtliche Aus-

einandersetzung nach Bundesrecht (und auch nach § 202 Abs. 2 der zürcherischen ZPO) nicht notwendigerweise im Scheidungsurteil vorzunehmen ist, gilt das Prinzip, wonach das Scheidungsgericht zur Ergänzung zuständig ist, nicht für spätere Ergänzungsbegehren güterrechtlicher Natur; vielmehr gilt der allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten".³³⁾

Dieser Ansicht kann nur bedingt gefolgt werden. Sind die güterrechtlichen Nebenfolgen tatsächlich nicht im eigentlichen Scheidungsverfahren geregelt worden, so kann ihre Ergänzung durchaus an einem anderen Gerichtsstand vorgenommen werden, weil der Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils diesfalls ohnehin nicht verfolgt werden kann. Ist die güterrechtliche Auseinandersetzung jedoch wie üblich im Scheidungsurteil geregelt, ist nicht einzusehen, warum sie nicht wenn möglich am Forum des Scheidungsrichters unter Beachtung des Grundsatzes der Einheit des Scheidungsurteils ergänzt werden soll.³⁴⁾ Dabei sind jedoch die an der Zuständigkeit des Scheidungsrichters angebrachten Zweifel in Erinnerung zu rufen. Auch der Richter eines anderen Forums kann sich auf Grund der Akten kompetent genug zur Ergänzung eines Scheidungsurteils äussern.³⁵⁾

In ZR 50 (1951) Nr. 74, S. 152 wird dazu allerdings ausgeführt, wenn das Bundesgericht mit Bezug auf den Abänderungsprozess und in einem andern Zusammenhange die Ansicht vertreten habe, es handle sich bei der Berufung auf die Erinnerung des Richters an die

33) KEHL/KEHL II, Nr. 786; SJZ 63 (1967), S. 61

34) Gl.M. BUEHLER/SPUEHLER, N 95 Vorbemerkungen zu Art. 149 - 157 ZGB; ZR 50 (1951) Nr. 74, S. 152

35) Vgl. vorne, b.

erstmalig beurteilten Verhältnisse nur um einen vermeintlichen Vorteil, so sei doch zu betonen, dass, wenn sich aus der Zuständigkeit des Scheidungsrichters je ein Vorteil der beschriebenen Art ergebe, dies gerade beim Nachverfahren (gemeint Ergänzung) am wahrscheinlichsten sei, weil hier das Begehren naturgemäss verhältnismässig bald nach Erlass des Urteils gestellt zu werden pflege, was bei Abänderungsklagen freilich meistens nicht der Fall sei.³⁶⁾ Diese Ansicht ist zutreffend. Die Parteien werden ziemlich schnell bemerken, dass das Scheidungsurteil eine Lücke aufweist, nämlich spätestens dann, wenn sie es wegen seiner Unvollständigkeit nicht abzuwickeln wissen. Dann bleibt ihnen nur die Möglichkeit, entweder selber eine gütliche Regelung zu treffen oder aber eben ein Ergänzungsbegehren zu stellen.

2. Internationale Zuständigkeit

Für die Ergänzung von Scheidungsurteilen gibt es keine internationale Übereinkommen, die eigentliche Zuständigkeitsnormen enthalten würden, welche dem internen Recht der Vertragsstaaten vorgingen.³⁷⁾ Im übrigen kann bezüglich internationaler Übereinkommen auf das zur Abänderung eines Scheidungsurteils Ausgeführte verwiesen werden.³⁸⁾

a) Schweizerisches Scheidungsurteil

Für die Ergänzung eines schweizerischen Scheidungs-

36) Vgl. BGE 42 I 157 u. 335

37) BGE 92 II 82; vgl. vorne zur Abänderung, § 5. E. II. 2. d.

38) Vgl. vorne, § 5. E. II. 2. d.

urteils gilt auch im internationalen Verhältnis der Gerichtsstand des Scheidungsverfahrens.³⁹⁾ Ausländer, die sich in der Schweiz haben scheiden lassen, müssen die Nachweise nach Art. 7h Abs. 1 NAG, die nur zur Begründung der Zuständigkeit für die Scheidung als einer Statussache erforderlich sind, im Ergänzungsverfahren nicht mehr erbringen.⁴⁰⁾

b) Ausländisches Scheidungsurteil

Sind Schweizer im Ausland geschieden worden, so bestimmt sich ein Nachverfahren zwischen ihnen gemäss Art. 28 NAG grundsätzlich nach dem ausländischen Recht. Stellt das ausländische Recht für die Ergänzungsklage keinen Gerichtsstand zur Verfügung, so kann m.E. analog zu Art. 7g NAG oder nach Art. 64 Abs. 1 i.V.m. Art. 59 IPR-Gesetz am schweizerischen Heimatort bzw. am letzten schweizerischen Wohnsitz geklagt werden. Hat die beklagte Partei Wohnsitz in der Schweiz begründet, so soll die Ergänzungsklage - jedoch m.E. wiederum nur dann, wenn kein ausländischer Gerichtsstand zur Verfügung steht - am Wohnsitz der beklagten Partei angebracht werden können.⁴¹⁾

Die schweizerischen Gerichte sind ferner nicht zuständig, die Ergänzungsklage betreffend die Nebenfolgen einer im Ausland zwischen ausländischen Staatsangehörigen ausgesprochenen Scheidung zu beurteilen, wenn

39) BGE 107 II 15; 102 II 153; STRAEULI/MESSMER, N 31 zu § 196 ZPO; BUEHLER/SPUEHLER, N 95 zu Art. 149 - 157 ZGB

40) SCHNITZER, S. 419

41) SCHNITZER, S. 420

im Scheidungsstaat ein Gerichtsstand für eine solche Klage zur Verfügung steht. Die Ergänzungsklage kann auch dann nicht in der Schweiz erhoben werden, wenn die in Frage stehenden Nebenfolgen nach dem Recht des Scheidungsstaates im Scheidungsprozess selbst gar nicht geltend gemacht werden konnten, sondern in ein besonderes Nachverfahren verwiesen waren.⁴²⁾

Besteht jedoch für die Regelung der Nebenfolgen und damit für eine diesbezügliche Ergänzungsklage überhaupt kein Gerichtsstand im ausländischen Scheidungsstaat, ist die Ergänzungsklage bei Ausländern beim Richter des gemeinsamen schweizerischen Wohnsitzes,⁴³⁾ oder wenn nur die beklagte Partei in der Schweiz wohnt, an deren Wohnsitz zulässig.⁴⁴⁾ Andernfalls könnte ein lückenhaftes ausländisches Scheidungsurteil, dessen Vollzug vorliegend schweizerischem Recht untersteht, gar nicht vollstreckt werden. Es ist im Falle des schweizerischen Gerichtsstandes stets schweizerisches Recht anwendbar, selbst wenn die beklagte oder beide Parteien ausländische Staatsangehörigkeit besitzen.⁴⁵⁾

c) Die abweichende Regelung des IPR-Gesetzesentwurfes

Der IPR-Gesetzesentwurf wird den an der Zuständigkeit des Scheidungsrichters und damit an den der strengen

42) BGE 107 II 13 u. 15

43) STAUFFER, S. 47; BGE 90 II 353 f. E. 2. b.; 85 II 164 f.; 107 II 16; Pr 75 (1986) Nr. 211

44) SCHNITZER, S. 420; BGE 107 II 16; ZR 80 (1981) Nr. 44; 67 (1968) Nr. 11; Pr 75 (1986) Nr. 211

45) SCHNITZER, S. 420; BGE 81 II 178

Verfolgung des Grundsatzes der Einheit des Scheidungsurteils gehegten Zweifel gerecht, indem es den Parteien mehrere Möglichkeiten zur Ergänzungsklage bietet.

Er verfolgt zwar den Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils immer noch, indem er in Art. 64 den schweizerischen Scheidungsrichter für die Ergänzung von Scheidungsurteilen für zuständig erklärt. Daneben stellt er aber noch drei weitere Gerichtsstandsmöglichkeiten zur Verfügung, und zwar den schweizerischen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt der beklagten Partei (Art. 64 i.V.m. Art. 58 lit. a IPR-Gesetz) oder den schweizerischen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt der klagenden Partei, wenn diese seit mindestens einem Jahr in der Schweiz lebt oder Schweizerbürger ist (Art. 64 i.V.m. Art. 58 lit. b IPR-Gesetz). Haben die Parteien weder ihren Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz und ist einer von ihnen Schweizerbürger, so ist der Richter am Heimatort oder am letzten schweizerischen Wohnsitz für die Ergänzungsklage (Art. 64 IPR-Gesetz) zuständig, wenn es unmöglich oder unzumutbar ist, die Klage am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt eines der Ehegatten zu erheben.

Das anwendbare Recht ist grundsätzlich schweizerisches Recht mit den in Art. 64 Abs. 2 IPR-Gesetz genannten Vorbehalten.

III. Funktionelle Zuständigkeit

Das Ergänzungsbegehren ist bei jener Instanz anzubringen, die das unvollständige Scheidungsurteil gefällt hat. Hat also das Obergericht in zweiter Instanz im Scheidungs-

prozess neu, jedoch unvollständig entschieden, ist es auch für das Ergänzungsverfahren zuständig.⁴⁶⁾

Eher unzutreffend dürfte die Ansicht sein, das Ergänzungsbegehren sei bei derjenigen Instanz anzubringen, auf deren Unterlassung die Lücke im Scheidungsurteil letztlich zurückzuführen sei, in der Regel also bei der ersten Instanz.⁴⁷⁾ Im Scheidungsverfahren hat jede Instanz, sei es nun die erste oder eine obere, die Pflicht, ein Scheidungsurteil nach bestem Wissen und Gewissen korrekt zu erlassen. Es ist demnach ein unvollständiges Scheidungsurteil immer derjenigen Instanz zuzuschreiben, die es gefällt hat. Uebersieht z.B. das Obergericht eine Lücke in dem vom Bezirksgericht gefällten Scheidungsurteil, so ist das Obergericht - füllt es die Lücke nicht aus - für das unvollständig gebliebene Urteil verantwortlich, obwohl die Lücke ursprünglich auf das Bezirksgericht zurückzuführen ist. Wird das Ergänzungsbegehren diesfalls richtigerweise beim Obergericht anhängig gemacht, bleibt der Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils gewahrt. Es ist diejenige Instanz mit dem Ergänzungsbegehren zu betrauen, die sich die neuesten Kenntnisse über die Scheidung der Parteien hat erwerben können.

46) BUEHLER/SPUEHLER, N 95 Vorbemerkungen zu Art. 149 - 157 ZGB

47) KEHL/KEHL II, Nr. 794

F. Legitimation

I. Grundsätzliches

Die Frage der Aktiv- und Passivlegitimation im Ergänzungsverfahren kann im allgemeinen analog zum Abänderungsverfahren beantwortet werden. Dort, wo Abänderungen des Scheidungsurteils vorgenommen werden, können ebenso bei unvollständiger Regelung Ergänzungen notwendig werden, die anzubeghehen dieselben Parteien berechtigt sind, wie im Abänderungsverfahren. Im Ergänzungsverfahren können die Parteien dieselben schutzwürdigen Interessen haben, wie im Abänderungsprozess. Im allgemeinen wird deshalb in Bezug auf die Frage der Legitimation auf die Ausführungen zur Abänderung des Scheidungsurteils verwiesen und auf Wiederholungen verzichtet.

II. Die Parteien

In der Regel wird das Ergänzungsverfahren durch das Begehren einer der geschiedenen Ehegatten eingeleitet. Sie sind ja die Parteien, denen die Ergänzungsbedürftigkeit des Scheidungsurteils vor allem und als erste auffallen wird. So z.B. dann, wenn die geschiedene Ehegattin gegen ihren ehemaligen Ehegatten die Scheidungsvereinbarung, von der im Urteil lediglich Vormerk genommen wurde, durchsetzen möchte, was ihr jedoch nicht gelingt, weil die Vereinbarung vom Scheidungsrichter nicht ausdrücklich genehmigt wurde. Oder z.B. dann, wenn zwischen den geschiedenen Ehegatten schon bei der ersten Abwicklung der im Scheidungsurteil getroffenen Besuchsregelung wegen deren Unvollständigkeit Meinungsverschiedenheiten entstehen, die sich nur durch eine Ergänzung des Scheidungsurteils beseitigen lassen.

III. Dritte

1. Die Vormundschaftsbehörde

Auch in Bezug auf die Ergänzung eines Scheidungsurteils hat die Vormundschaftsbehörde die Kindesinteressen wahrzunehmen. Werden ihr dieselben Pflichten auferlegt wie bei der Abänderung des Scheidungsurteils, müssen ihr grundsätzlich hinsichtlich ihrer Legitimation auch dieselben Rechte zustehen.⁴⁸⁾ So kann sie - analog zu Art. 157 ZBG - ein eigenes Ergänzungsbegehren stellen. Gegner dieses Begehrens sind die Eltern als Beklagte.⁴⁹⁾ Denkbar ist ferner, dass im Interesse des Kindes ein Ergänzungsbegehren von der Vormundschaftsbehörde als Hauptintervenientin gestellt wird.

Man kann sich fragen, ob hinsichtlich der Ergänzung des Scheidungsurteils die Klagelegitimation der Vormundschaftsbehörde notwendig ist. Im Abänderungsverfahren muss diese Klagelegitimation notwendigerweise gegeben sein, da das Abänderungsverfahren nicht von Amtes wegen an die Hand genommen wird.⁵⁰⁾ Sind die Eltern säumig, muss es der Vormundschaftsbehörde möglich sein, auf Abänderung des Scheidungsurteils zu klagen, will sie ihrer Amtspflicht⁵¹⁾ zur Wahrung des Kindesinteresses nachkommen können. Anders verhält es sich im Ergänzungsverfahren: Erlangt der Richter Kenntnis von einem notwendigen Ergänzungsgrund, hat er das Verfahren von Amtes wegen an die Hand zu

48) Vgl. vorne, § 5. G. II. 2

49) KEHL/KEHL II, Nr. 798

50) Vgl. vorne, § 5. H. II. 3.

51) Ueber die Amtspflicht der Vormundschaftsbehörde vgl. vorne, § 5. G. II. 2.

nehmen. Es würde also durchaus genügen, wenn die Vormundschaftsbehörde statt mit einer Ergänzungsklage mittels eines Berichtes den Richter mit der Ergänzung befassen würde, der auf Grund der Kenntnisaufnahme dieses Berichtes die Ergänzung des Scheidungsurteils von Amtes wegen vornehmen müsste. Dies scheint mir der wesentlich einfachere und für die Vormundschaftsbehörde ja auch zulässige Weg zu sein. Ihre Pflichten verletzt sie dabei nicht. Der Wahrung des Kindesinteresses ist auch so Genüge getan. Das klassische Beispiel für ein Eingreifen der Vormundschaftsbehörde, d.h. für ein Veranlassen eines Ergänzungsverfahrens - insbesondere wenn die Eltern säumig sind - ist das folgende: Die Vormundschaftsbehörde des Wohnsitzes des Kindes erhält durch den Zivilstandsbeamten des Geburtsortes Mitteilung von der Geburt eines nach Auflösung der Ehe seiner Eltern geborenen Kindes (Art. 125 ZStV).⁵²⁾ Ist im Scheidungsurteil für dieses nachgeborene Kind noch keine Regelung getroffen worden, hat die Vormundschaftsbehörde den Richter mit der Ergänzung des Urteils zu befassen. Ob sie dies mit einer Ergänzungsklage oder "nur" mit einem Bericht zur Kenntnisaufnahme tut, spielt dabei gemäss den obigen Ausführungen keine Rolle.

2. Die Armenbehörde

M.E. ist möglich, dass das die Alimente für das Kind bevorschussende Gemeinwesen nach Art. 289 Abs. 2 ZGB in Bezug auf den Unterhalt für das Kind auf Ergänzung des

52) BUEHLER/SPUEHLER, N 60 zu Art. 157 ZGB

Scheidungsurteils klagen kann. In der Praxis dürfte dieser Fall jedoch selten eintreffen. Denn ist ein Urteil in Bezug auf den Unterhalt der Kinder unvollständig, wird das Gemeinwesen den Gewaltinhaber oder eventuell sogar den zuständigen Richter über die Unvollständigkeit orientieren, jedoch noch keine Beiträge, welche die Unvollständigkeit des Urteils betreffen, an den Berechtigten ausrichten. Das Gemeinwesen muss sich darauf verlassen können, das Urteil ohne weiteres als definitiven Rechtsöffnungstitel gegen den Schuldner vollstrecken zu können, ansonst es zum vorneherein der bevorschussten Beiträge verlustig ginge. Sind die Beiträge z.B. für die Kinder nicht einer Indexklausel unterstellt, oder hat der Richter vergessen, den Schuldner zu verpflichten, auch die Kinderzulagen für die Kinder an den Gewaltinhaber auszurichten, so ist zu erwarten, dass das Gemeinwesen nur den im Urteil ausgesprochenen Betrag bevorschusst. Richtet es jedoch auch Teuerung und Kinderzulagen aus, so muss es auch berechtigt sein, nach Art. 289 Abs. 2 ZGB auf Ergänzung des Urteils zu klagen.

3. Das Kind

Es kann weitgehend auf die diesbezüglichen Ausführungen zur Abänderung des Scheidungsurteils verwiesen werden.⁵³⁾ Wie nicht auf Abänderung, so ist m.E. das Kind auch nicht berechtigt, auf Ergänzung des Scheidungsurteils zu klagen.⁵⁴⁾ Es war im Scheidungsprozess nicht Partei. Zudem

53) Vgl. vorne, § 5. G. II. 3.

54) A.M. BUEHLER/SPUEHLER, N 19 zu Art. 156 ZGB; BGE 90 II 356

hat der Gewaltinhaber die Interessen des Kindes in eigenem Namen wahrzunehmen.

Allerdings hat das Kind m.E. selbständig oder durch einen Dritten die Möglichkeit, den zuständigen Richter von einer dem Kind nachteiligen Lücke im Scheidungsurteil in Kenntnis zu setzen. Gerade der Umstand, dass der Richter die Ergänzung des Urteils von Amtes wegen vorzunehmen hat, ⁵⁵⁾ lässt zu, dass der Richter anderweitig, m.E. von jedermann, mit der Urteilsergänzung von Amtes wegen befasst werden kann.

55) Vgl. hinten, G. III. 3.

G. Das Ergänzungsverfahren

I. Zulässigkeit und Anwendbarkeit

Das Ergänzungsverfahren ist notwendigerweise bei den der Offizialmaxime aber auch der Dispositionsmaxime unterstehenden Nebenfolgen zulässig.⁵⁶⁾ Nicht anwendbar ist die Ergänzung des Scheidungsurteils der Natur der Sache nach mit Bezug auf das Namensrecht der Ehefrau gemäss Art. 149 Abs. 2 ZGB und die Wartefrist im Sinne von Art. 150 ZGB.⁵⁷⁾

II. Verfahrensart

Grundsätzlich kann bezüglich Verfahrensart auf die Ausführungen über das Abänderungsverfahren verwiesen werden.⁵⁸⁾

Es handelt sich beim Ergänzungsverfahren ebenfalls um einen ordentlichen Prozess, in dem wenn notwendig auch vorsorgliche Massnahmen erlassen werden können. Die zürcherische ZPO sieht auch für den Ergänzungsprozess ein einfacheres und rascheres Verfahren vor, indem die Klage direkt, ohne vorangegangenes Sühnverfahren, beim Bezirksgericht anhängig gemacht wird (§ 196 Ziff. 4 ZPO).

Gemäss § 119 Ziff. 3 ZPO wird das Verfahren mündlich durchgeführt. Es findet eine Hauptverhandlung und wenn

56) Vgl. vorne, D. II. 1.

57) BUEHLER/SPUEHLER, N 93 Vorbemerkungen zu Art. 149 - 157 ZGB; EGGER, N 2 zu Art. 149 ZGB

58) Vgl. vorne, § 5. H. I.

notwendig auch eine Beweisverhandlung statt. Wie im Abänderungsverfahren werden die Parteien wenn möglich schon in der Hauptverhandlung persönlich befragt (§ 198 ZPO). Die Säumnisfolgen richten sich nach § 198 Abs. 2 ZPO.

III. Einleitung des Verfahrens

1. Klage

Die Ergänzungsklage wird direkt beim Bezirksgericht anhängig gemacht (§ 196 Ziff. 4 ZPO). Im Gegensatz zum Abänderungsverfahren kann die Klage formlos angehoben werden. Sie hat nicht den Vorschriften über die Anhebung einer selbständigen Klage zu genügen, weil ein Nichteintreten auf die Klage wegen Nichtbeachtung von Formvorschriften mit den bei der Unvollständigkeit des Scheidungsurteils erhöhten familienrechtlichen Interessen der klagenden Partei und damit, dass sich der Richter mit der Ergänzung des Scheidungsurteils von Amtes wegen zu befassen hat, unvereinbar wäre. Kann z.B. aus dem Ergänzungsbegehren nicht entnommen werden, dass es sich um eine Klage handelt, so hat der Richter die Ergänzung von Amtes wegen vorzunehmen, wenn er die Notwendigkeit der Ergänzung erkennt. Andernfalls ist dem Anbegehrenden Frist zu erteilen, sein Begehren zu präzisieren (§ 106 Abs. 4 ZPO). Das Verfahren kann aber wegen der Pflicht des Richters, von Amtes wegen tätig zu werden, nicht durch Nichteintreten erledigt werden.

Bei der Ergänzungsklage handelt es sich um eine Gestaltungsklage. Sind Bestimmungen über Unterhaltsleistungen zu ergänzen, verbindet sich die Gestaltungsklage mit einer Leistungsklage.

2. Ergänzung mittels Vereinbarung

Ein Scheidungsurteil kann von den Parteien des Scheidungsprozesses sicher nicht im Bereich der Offizialmaxime mittels einer aussergerichtlichen, nicht genehmigten Vereinbarung ergänzt werden. Ein z.B. vor Ablauf von 300 Tagen nach der Scheidung geborenes Kind stellt einen zwingenden Ergänzungsgrund dar, wenn im Scheidungsurteil für dieses bezüglich elterliche Gewalt, Besuchsrecht und Unterhalt noch keine Regelung getroffen worden ist. Da die Kinderbelange unter der Offizialmaxime stehen, muss sich der Richter von Amtes wegen überzeugen, ob das Kindesinteresse gewahrt ist. Er hat daher eine Vereinbarung über ein nachgeborenes Kind zumindest zu genehmigen, wenn nicht sogar - was zu befürworten ist - darüber selbständige Bestimmungen ins zu ergänzende Scheidungsurteil aufzunehmen. Dabei hat er - hegt er an der vorgeschlagenen Lösung der Parteien Zweifel - die Vormundschaftsbehörde oder ein Jugendsekretariat einzusetzen, um Abklärungen betreffend die Kinderbelange zu treffen. Hierin ändert sich im Vorgehen des Richters zu demjenigen im eigentlichen Scheidungsprozess nichts.

Treffen die Parteien eine Vereinbarung über die vermögensrechtlichen Nebenfolgen, die ihrer freien Disposition unterstehen, und legen sie diese dem Richter gar nie vor, kommt es auch nicht zur Ergänzung des Scheidungsurteils, weil der Richter keine Kenntnis von einem Ergänzungsgrund erlangt. Es ist nicht anzunehmen, dass die Parteien, wenn sie sich schon über eine Ergänzung einigen konnten, diese noch dem Richter vorlegen, es sei denn, sie wollten sich von der Zulässigkeit der Vereinbarung überzeugen. Dies-

falls hat der Richter jedoch auf Wunsch der Parteien die Vereinbarung ins zu ergänzende Urteil aufzunehmen und zu genehmigen. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang nochmals, dass aussergerichtliche Vereinbarungen, die nicht die Officialmaxime berühren, nach neuerer Praxis keiner Genehmigung des Richters mehr bedürfen.⁵⁹⁾

3. Ergänzung von Amtes wegen

Die Ergänzung des Scheidungsurteils vom Amtes wegen ist sowohl im Bereich der Officialmaxime als auch der Dispositonsmaxime angebracht. In BGE 108 II 531 wird dazu treffend ausgeführt, gestützt auf Art. 158 ZGB habe das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung auch angenommen, ein unvollständiges Scheidungsurteil sei vom urteilenden Richter selber in einem Nachverfahren zu ergänzen⁶⁰⁾ (das Nachverfahren sei auch zugelassen worden, wenn es sich um Ansprüche handelte, die weitgehend der Parteidisposition unterstanden hätten). Die Durchführung eines Nachverfahrens lasse sich sachlich rechtfertigen, weil der Fortbestand des unvollständigen Urteils im Anwendungsbereich des Familienrechts, wo der Gesetzgeber dem Richter eine besondere Verantwortung überbinde, von erheblicher Tragweite sei.⁶¹⁾ Aus der besonderen Verantwortlichkeit des Richters heraus begründet, genügt es zur Ergänzung des Scheidungsurteils von Amtes wegen, wenn und sobald der Richter von der Notwendigkeit der Ergänzung Kenntnis

59) Vgl. dazu vorne, § 5. D. II. mit Verweisen

60) BGE 104 II 291; 81 II 315; 44 I 155

61) BGE 108 II 531 f.

erhalten hat und damit befasst ist.⁶²⁾ Deshalb darf keine Rolle spielen, durch wen der Richter von der Notwendigkeit der Ergänzung des Urteils Kenntnis erhält. Auf das Vorhandensein von Parteianträgen betreffend Ergänzung kann es also nicht ankommen. Ansonst wäre die Pflicht des Richters, von Amtes wegen einzuschreiten, nur eine beschränkte, was jedoch nicht zutrifft.

a) Beispiel im Bereich der Offizialmaxime

Die geschiedene Ehegattin bringt wenige Wochen nach der Scheidung ein Kind zur Welt. Sie stellt ein Ergänzungsbegehren, zieht dieses aber, noch bevor zur Verhandlung vorgeladen worden ist, wieder zurück. Ein "gewöhnlicher" Zivilprozess, so auch der Scheidungsprozess, wären in einem solchen Falle infolge Klagerückzuges als erledigt abgeschrieben worden. Das Ergänzungsverfahren darf jedoch nicht abgeschrieben werden. In ZR 58 (1959) Nr. 154, S. 365 wird zutreffend begründet, das Handeln von Amtes wegen habe nach Art. 156 ZGB auch dann Platz zu greifen, wenn das Scheidungsurteil nachträglich mit Bezug auf ein erst nach der Scheidung geborenes, eheliches Kind ergänzt werden müsse, sobald das zuständige Gericht einmal damit befasst sei. Der Anstoss zum Ergänzungsverfahren kann aber z.B. wie erwähnt auch von der Vormundschaftsbehörde kommen, welche im Interesse des Kindes handelt.

62) ZR 58 (1959) Nr. 156, S. 365

b) Beispiel im Bereich der Dispositionsmaxime

Im Bereich der Dispositionsmaxime lassen sich kaum Beispiele nennen, in denen der Richter von Amtes wegen eine Ergänzung des Scheidungsurteils vornimmt, weil ihm von den Nebenfolgen, die der freien Disposition der Parteien unterliegen, nur gerade zur Kenntnis gebracht worden ist, was die Parteien bereits im Scheidungsprozess beantragt haben und was der Richter bei der Ausübung seines Fragerechtes erfahren hat. Besteht im Scheidungsurteil jedoch eine Lücke im Rahmen der durch die im Scheidungsprozess gestellten Parteianträge bestimmten Regelung, schreitet der Richter ohne weiteres von Amtes wegen ein, wenn er zur Kenntnis nimmt, dass über einen Parteiantrag irrtümlicherweise nicht entschieden worden ist.

In der Regel wird jedoch eine Ergänzung des Scheidungsurteils von Amtes wegen im Bereich der Dispositionsmaxime nicht vorkommen.

IV. Der Ergänzungsentscheid

1. Wirkungen

Findet eine Ergänzung in Bezug auf die Elternrechte statt, so tritt die Rechtskraft der Ergänzung, wie bei der Abänderung, ex nunc ein.⁶³⁾

Wird das Urteil jedoch bezüglich Unterhaltsleistungen ergänzt, wird die Rechtskraft - ebenfalls analog zum Abänderungsverfahren - bezüglich Kinderunterhalt gemäss

63) Vgl. vorne, § 5. H. III. 1.

Art. 279 Abs. 1 ZGB, hinsichtlich Unterhaltsleistungen zwischen den geschiedenen Ehegatten rückwirkend auf den Zeitpunkt der Klageanhebung oder der Kenntnissnahme des Richters eintreten, weil von da an die verpflichtete Partei mit der Ergänzung rechnen muss.

Eine Ergänzung des ergänzten Scheidungsurteils ist zwar praktisch unwahrscheinlich, jedoch theoretisch möglich; allerdings wie bei der Abänderung unter dem Vorbehalt der Einrede der materiellen Rechtskraft.

2. Form

In der Lehre wird die Meinung vertreten, die im Ergänzungsverfahren ergehende Entscheidung sei ein Sachurteil mit der gegen das Scheidungs- oder Trennungsurteil gegebenen Weiterzugsmöglichkeit.⁶⁴⁾

Die Mustersammlung der Gerichtsschreiber der zürcherischen Bezirksgerichte vom Dezember 1976 sieht allerdings eine Ergänzung des Scheidungsurteils auch in der Form des Beschlusses vor.⁶⁵⁾

a) Ergänzung mittels Urteil

Die Ergänzung erfolgt durch richterlichen Entscheid in der Sache selbst. Es ergeht ein Urteil, gleichgültig ob ein Zweiparteienverfahren oder ein Verfahren von Amtes

64) BUEHLER/SPUEHLER, N 98 Vormerkungen zu Art. 149 - 157 ZGB; KEHL/KEHL II, Nr. 803 und 805

65) MS, Zivil, 12.52

wegen stattgefunden hat. Analog zum Abänderungsentscheid lautet das Urteil z.B.:

Das Gericht erkennt:

I. Das Urteil vom ... wird wie folgt ergänzt:

3. Das Kind ... geb. ... wird unter die elterliche Gewalt der Klägerin gestellt.

b) Ergänzung mittels Beschluss

Bei Abtrennung und getrennter Beurteilung der güterrechtlichen Auseinandersetzung gemäss § 202 Abs. 2 ZPO ergeht nach erwähnter Mustersammlung ein Ergänzungsbeschluss, wenn die güterrechtliche Auseinandersetzung in einer Vereinbarung zwischen den Parteien geregelt wurde.⁶⁶⁾ Konsequenterweise müsste die Mustersammlung jedoch für jedes mittels genehmigter Vereinbarung ergänzte Scheidungsurteil den Beschluss als Entscheidungsform ansehen. Denn ein diesbezüglicher Unterschied zum Abänderungsentscheid, der bei genehmigter Vereinbarung gemäss Mustersammlung in der Form des Beschlusses erfolgt, ist nicht ersichtlich.⁶⁷⁾ Zudem ist wie für die Abänderung auch für die Ergänzung des Scheidungsurteils daran festzuhalten, dass der Offizialmaxime unterstehende Nebenfolgen in selbständigen Bestimmungen im Dispositiv geregelt werden sollten, d.h. dass analog

66) MS, Zivil, 12.52

67) Vgl. dazu vorne, § 5. H. III. 2. b. und MS, Zivil, 12.62

zum Scheidungsverfahren eine dahingehende Vereinbarung der Parteien vom Richter lediglich als Anträge verstanden werden dürften.

3. Anfechtbarkeit

a) Des Urteils

Grundsätzlich kann auf das zur Anfechtbarkeit des Abänderungsurteils Gesagte verwiesen werden.⁶⁸⁾

Wird das Scheidungsurteil nur noch bezüglich Unterhaltsleistungen ergänzt, so bestimmt sich die Anfechtbarkeit für das Ergänzungsurteil wie beim Abänderungsurteil auch nach dem Streitwert, der gemäss § 21 ZPO zu kapitalisieren ist, falls es sich bei der Unterhaltsleistung nicht um eine einmalige Entschädigung, sondern um periodische Leistungen handelt.

b) Des Beschlusses

Ich verweise hierzu auf das zum Abänderungsbeschluss Ausgeführte.⁶⁹⁾

4. Kostenauflage

Auch hierzu ist auf das für die Abänderung des Scheidungsurteils Ausgeführte zu verweisen.⁷⁰⁾

68) Vgl. vorne, § 5. H. III. 3. a.

69) Vgl. vorne, § 5. H. III. 3. b.

70) Vgl. vorne, § 5. H. III. 4.

Ist die notwendig gewordene Ergänzung vom Gericht verursacht worden bzw. hätte eine solche Ergänzung vom Gericht vermieden werden können, sind die Kosten m.E. in Anlehnung an § 66 Abs. 2 ZPO auf die Staatskasse zu nehmen. Ist die Lücke im Scheidungsurteil jedoch mangels Kenntnis des Gerichtes entstanden, so sind die Kosten und allenfalls auch eine Entschädigung der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Im Ergänzungsverfahren von Amtes wegen sind die Kosten m.E. derjenigen Partei des Scheidungsprozesses aufzuerlegen, die die Lücke im Scheidungsurteil durch Vorenthalten von Informationen⁷¹⁾ verursacht hat (§ 66 Abs. 1 ZPO). Sind beide Parteien als Verursacher zu betrachten, sind die Kosten verhältnismässig auf sie zu verteilen (§ 64 Abs. 2 ZPO).

71) So z.B. die Ehefrau, die im Scheidungsprozess eine Schwangerschaft verschweigt.

§ 7 Die Revision des Scheidungsurteils

A. Begriff

Die Revision ist jener Rechtsbehelf, den die zürcherische ZPO den Parteien zur Verfügung stellt, um eine bereits in Rechtskraft erwachsene richterliche Entscheidung bei Vorfinden bestimmter Umstände, welche den Entscheid nachträglich als offensichtlich falsch und unrechtmässig erscheinen lassen, durch den gleichen Richter erneut überprüfen zu lassen und allenfalls eine neue, verbesserte Entscheidung herbeizuführen.¹⁾

B. Gesetzliche Regelung und praktische Bedeutung

Die Revision ist in der zürcherischen ZPO unter dem V. Teil, 4. Abschnitt in den §§ 293 ff. geregelt. Als ausserordentliches Rechtsmittel gegen bereits rechtskräftige Entscheide ist ihre Bedeutung gegenüber ordentlichen Rechtsmitteln unbedeutend. Dennoch muss das Gesetz einer Partei die Möglichkeit bieten, einen abgeschlossenen Prozess wieder aufzunehmen, und zwar auf Grund von Tatsachen, die zwar während des Erstverfahrens schon bestanden, jedoch nicht entdeckt worden sind. Gäbe es diese gesetzliche Möglichkeit nicht, wäre die genannte Partei an den Entscheid und damit an die für sie allenfalls krass nachteilige Regelung im Entscheid gebunden.

1) RUST, S. 17 f.

Schliessen die Parteien einen Vergleich, der zur Abschreibung des Prozesses führt, hat sich aber die eine Partei in einem Irrtum befunden, der sie diesen Vergleich schliessen liess, muss dieser Partei die Möglichkeit offenstehen, analog zu den vertragsrechtlichen Regelungen (Art. 23 ff. OR) diesen gerichtlichen Vergleich anzufechten. Die anfechtende Partei muss denn auch einen im Obligationenrecht genannten Willensmangel dartun können (§ 293 Abs. 2 ZPO). Könnte sie den gerichtlichen Vergleich nicht mehr anfechten, so wäre derjenige, der eine aussergerichtliche Vereinbarung, also einen Vertrag schliesst, erheblich besser gestellt, als derjenige, der sich vor Gericht zu vergleichen bereit erklärt. Mitunter hätte dies zu Lasten der Prozessökonomie und der Gerichtskostenvergünstigungen zur Folge, dass aus Rechtssicherheitsgründen vor Gericht gar keine Vergleiche mehr abgeschlossen würden. Denn jede Partei muss damit rechnen, dass beim Vergleichsschluss Tatsachen bestehen könnten, die sie zwar nicht kennt, die sie jedoch den Vergleich nicht abschliessen lassen würden. Mit späterem Entdecken solcher Tatsachen will jede Partei das Recht wahrnehmen können, den von ihr in einer irrigen Meinung geschlossenen Vergleich anzufechten.

Grundsätzlich können Scheidungsurteil und Scheidungskonvention mit der Revision angefochten werden. So ist der Scheidungsprozess der wohl wichtigste Anwendungsfall der Revision. An seinem Beispiel werden jedoch die Konsequenzen und Schwierigkeiten einer rückwirkenden Aufhebung der Rechtskraft eines Entscheides besonders deutlich.²⁾

2) RUST, S. 1

Diesbezüglich bestehen Einschränkungen, die bei anderen Urteilen oder bei Vergleichen nicht zu berücksichtigen sind.³⁾ Auf diese Einschränkungen wird noch eingegangen werden.

3) Vgl. hinten, D. III.

C. Das Wesen der Revision

Die Revision ist ein Rechtsmittel. Es kann seinem Wesen nach aber nicht einfach als "gewöhnliches" Rechtsmittel bezeichnet werden. RUST schreibt über die Revision: "Der Revisionsprozess dient der Wahrheitsfindung. Er ist aber nur dort sinnvoll, wo dem Richterspruch schlussendlich unabänderliche Autorität zukommt. Die Unabänderlichkeit andererseits steht oft einer tatsächlichen Wahrheitsfindung entgegen und hindert den Prozess an der optimalen Zweckerfüllung. Hier soll die Revision die notwendige Korrektur ermöglichen. Sie ist nämlich das einzige Mittel, um auch nach rechtskräftiger Erledigung eines Prozesses der materiellen Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen und somit den ständigen Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit zu Gunsten der Gerechtigkeit zu entscheiden".⁴⁾

I. Als ausserordentliches Rechtsmittel

Im Rechtsmittelsystem der zürcherischen ZPO ist die Revision ein ausserordentliches, unvollkommenes, nicht devolutives und nicht suspensives Rechtsmittel.⁵⁾

Als ausserordentliches Rechtsmittel ist die Revision erst gegen rechtskräftige Entscheide zulässig. Sie ist demnach zu Berufung und Rekurs subsidiär. Der mit der Revision anzufechtende Entscheid muss materiell und formell rechtskräftig sein, was beim Scheidungsurteil mit Eintritt des

4) RUST, S. 1

5) Zu den verschiedenen Begriffsumschreibungen vgl. WALDER, § 39

Rechtskraftsbeschlusses regelmässig zutrifft. Der materiellen Rechtskraft nicht zugängliche Entscheide, wie z.B. Nichteintretensentscheide, können mit Revision nicht angefochten werden.⁶⁾

II. Abgrenzungen

1. Gegenüber der Erläuterung

Gegenüber der Erläuterung ergeben sich kaum Abgrenzungsprobleme. Die Revision ist als Rechtsmittel, die Erläuterung lediglich als "sonstiger Rechtsbehelf" zu bezeichnen. So unterscheiden sich denn Revision und Erläuterung bereits in ihren Voraussetzungen, obwohl ihre Verfahren ähnlich ausgestaltet sind. Die Erläuterung ist z.B. an keine Frist gebunden. Eine Beantwortung des Erläuterungsgesuches wird freigestellt (§ 164 ZPO). Die Revision strebt eine materielle Veränderung des Scheidungsurteils an, die Erläuterung lediglich eine Korrektur im Sinne einer Klarstellung ohne materielle Veränderung des Entscheides. Mit der Erläuterung wird demnach die Richtigkeit des Entscheides nicht angezweifelt. Hat die Erläuterung jedoch zur Folge, dass das Urteil nach der Erläuterung nicht mehr unklar, aber unrichtig erscheint, kann es - im Rahmen der aus diesem Grunde vorgesehenen Neueröffnung der Rechtsmittelfristen - mit dem gegebenen Rechtsmittel angefochten werden.

2. Gegenüber der Abänderung

Das Abänderungsverfahren unterscheidet sich wesentlich von

6) STRAEULI/MESSMER, N 2 zu § 293 ZPO

der Urteilsrevision: Während die Revision darauf ausgeht, eine neue Entscheidung auf verbesserter Grundlage, gestützt auf Tatsachen, die schon zur Zeit der Urteilsfällung bestanden haben, herbeizuführen, geht die Abänderung dahin, denjenigen Veränderungen Rechnung zu tragen, die erst nachträglich eingetreten sind.⁷⁾

Zudem ist auf die rein formellen Unterschiede zu verweisen. Bei der Abänderung des Scheidungsurteils handelt es sich um eine ordentliche Klage, bei der Revision um ein Rechtsmittel. Beide haben jedoch eine Korrektur des Scheidungsurteils zu den "richtigen Verhältnissen hin" zum Ziel.

3. Gegenüber der Ergänzung

Die Ergänzung ist ebenfalls leicht von der Revision abzugrenzen. Die Ergänzung hat die Füllung einer Lücke im Scheidungsurteil zum Zweck, die Revision die erneute Durchführung eines abgeschlossenen Prozesses auf Grund eines verbesserten Sachverhaltes. Der Sachverhalt ist bei der Ergänzung also derselbe, der bereits im Scheidungsprozess den Parteien bekannt war, währenddem bei der Revision ein neuer Sachverhalt zum Tragen kommt.

Wiederum ist zu erwähnen, dass es sich bei der Ergänzung um eine ordentliche Klage, bei der Revision um ein Rechtsmittel handelt.

7) MURBACH, S. 67

D. Gegenstand der Revision

I. Das Scheidungsurteil im allgemeinen

Die Revision ist grundsätzlich gegen das Scheidungsurteil als rechtskräftigen⁸⁾ Endentscheid⁹⁾ zulässig. Gerade die Rechtskraft im Scheidungsurteil wird weniger streng beurteilt, als in den übrigen Zivilurteilen,¹⁰⁾ d.h. das Scheidungsurteil ist leichter zu korrigieren als andere, was auf Grund seiner rechtlichen und sozialen Bedeutung gerechtfertigt ist.

1. Das abweisende Scheidungsurteil

Eine Revision des abweisenden Scheidungsurteils ist in jedem Fall grundsätzlich zulässig, wie bei allen übrigen Zivilurteilen.¹¹⁾ Allerdings hat die Revision des abweisenden Scheidungsurteils keine sehr grosse Bedeutung, da der abgewiesenen Partei nebst der Revision immer die erneute Klage offensteht, allerdings unter dem Vorbehalt der erfolgreichen Einrede der materiellen Rechtskraft seitens der Gegenpartei. Die abgewiesene Partei darf nicht ein zweites Mal denselben Scheidungsanspruch einklagen. Sobald im zweiten Prozess zur Begründung der Klage erhebliche Tatsachen vorgebracht werden, die im ersten Prozess noch nicht geltend gemacht worden sind, hat der zweite Prozess nicht mehr den gleichen Scheidungsanspruch

8) Zur Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rechtskraft vgl. HABSCHEID, Rechtskraft, S. 202; WALDER, § 26; KUMMER, S. 64; JAUERNIG, S. 202

9) Zum Endentscheid vgl. GULDENER, S. 242 u. 360; MARTI S. 60; ROSENBERG/SCHWAB, S. 326

10) RUST, S. 65

11) HINDERLING, S. 234; STRAEULI/MESSMER, N 8 zu § 293 ZPO

zum Gegenstand wie der erste. Die neu vorgebrachten Tatsachen berechtigen selbst dann zu einer neuen Klage, wenn diese Tatsachen vor der Urteilsfällung bereits bestanden und sogar den Parteien bekannt waren. Sie sind dabei erheblich, wenn sie für sich allein oder zusammen mit den schon früher angerufenen Tatsachen zur Begründung des Scheidungsbegehrens tauglich sind.¹²⁾

2. Das gutheissende Scheidungsurteil

a) In Bezug auf das Verschulden

Ganz allgemein ist die Revision von Gestaltungsurteilen zulässig. Das gutheissende Scheidungsurteil als wohl in der Praxis das häufigste Gestaltungsurteil ist damit grundsätzlich auch der Revision zugänglich. Gleichwohl ist das gutheissende Scheidungsurteil ein Sonderfall, da mit dem Scheidungsurteil nicht nur die Interessen der Parteien, sondern auch diejenigen Dritter und der Öffentlichkeit gewahrt werden müssen. Daher ist die Revision des gutheissenden Scheidungsurteils nicht unbeschränkt zulässig, sondern es gibt Revisionsausschlussgründe, auf die noch zurückzukommen ist.¹³⁾

Eher zu weit geht die Meinung, die Revision eines gutheissenden Scheidungsurteils sei überhaupt auszuschliessen: Eine einmal vom Richter geschiedene Ehe biete voraussichtlich nur wenig Gewähr für Dauerhaftigkeit und harmonische Wiederaufnahme der ehelichen Beziehungen. Dies müsste auch unter Berücksichtigung

12) BGE 85 II 59; 78 II 403; HINDERLING, S. 228; GULDENER, S. 384; vgl. dazu die Darstellung durch BUEKLI

13) Vgl. hinten, II. 1.

des im Eherecht einen besonders gewichtigen Stellenwert besitzenden öffentlichen Interesses zu dieser Lösung führen. Die Parteien gingen zudem keiner Rechte verlustig, da sie sich ja auch aussergerichtlich einigen und wieder heiraten könnten.¹⁴⁾

Damit ist der Fall angesprochen, in dem ein gutheissendes Scheidungsurteil durch Revision in ein abweisendes umgeändert werden soll. Dies ist aber ein sehr seltener Fall, und diesbezüglich hat BAERLOCHER¹⁵⁾ recht, wenn er einer dann wiederaufzunehmenden Ehe keine gute Prognose stellt, es sei denn, die Parteien hätten sich nach erfolgter Revision geeinigt. Umgekehrt darf keiner Partei das Recht genommen werden, die Scheidung durch Darlegung gerechtfertigter Tatsachen und Beweis der Unschuld abzuwenden. Dieser Anspruch darf einer Partei nicht nur im Scheidungsverfahren selbst zugestanden werden, sondern muss ihr gegebenenfalls auch mittels der Revision gewahrt bleiben. RUST¹⁶⁾ legt richtig dar, dass die Zerrüttung eben nur ein Scheidungsgrund sei, wenn sie nicht auf einseitigem Verschulden der klagenden Partei beruhe. Stellt sich demnach erst nach dem Scheidungsprozess und nach dem gutheissenden Scheidungsurteil heraus, dass die die Abweisung anbegehrende Partei an der auf Grund Zerrüttung ausgesprochenen Scheidung absolut unschuldig ist, so ist ihr ein Revisionsanspruch nicht zu verwehren, wenn sie willens ist, die Ehe weiterzuführen bzw. wiederaufzunehmen.

14) BAERLOCHER, S. 175 f.

15) BAERLOCHER, S. 175 f.

16) RUST, S. 63

b) In Bezug auf die Nebenfolgen

Nicht selten wird aber eine Revision auch deshalb angestrengt werden, weil eine andere Verteilung des Verschuldens auch eine andere Regelung der Nebenfolgen bewirkt hätte.

Denkbar ist vor allem der Fall, in dem der Scheidungsgrund der Zerrüttung in denjenigen des Ehebruches, welcher das alleinige Verschulden des Ehebrechers an der Scheidung der Eheleute zur Folge hat, mittels Revision umgewandelt werden will. Das alleinige Verschulden des Ehebrechers hat gemäss Art. 151 ZGB für den schuldlosen Ehegatten eine günstigere Regelung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen zur Folge. In dieser Hinsicht scheint ein Revisionsgesuch des schuldlosen Ehegatten als durchaus legitim. Gemäss neuester Praxis ist jedoch die Revision eines rechtskräftigen Scheidungsurteils unzulässig, wenn damit lediglich ein anderer Scheidungsgrund vorgebracht wird, als im Urteil angenommen wurde, weil der Kläger, dessen Ehe aus einem andern als dem von ihm angerufenen Scheidungsgrund geschieden wurde, nicht beschwert sei.¹⁷⁾ Die neueste Praxis wird mit dem Beispiel begründet, dass der das Rechtsmittel einlegende Ehegatte keinen Anspruch auf ein bei Gutheissung des neu geltend gemachten Ehebruches auszusprechendes Eheverbot gegenüber dem schuldigen Ehegatten hätte und dass er deshalb mangels Beschwerde auch kein Rechtsmittel einlegen könne, wenn

17) BGE 106 II 117 ff.; ZR 80 (1981) Nr. 58

der Richter dem schuldigen Ehegatten kein Eheverbot auferlegt habe.¹⁸⁾

Es sei zudem nicht einzusehen, warum der Ehebruch in Bezug auf eine schwere Pflichtverletzung eine Sonderbehandlung verdienen solle. Aus dem materiellen Recht lasse sich keine solche ableiten.¹⁹⁾

Allein diese Begründungen genügen m.E. nicht, um dem Ehebruch keine Sonderstellung einzuräumen. Die alte Praxis, die das Vorbringen eines anderen Scheidungsgrundes zulässt, wenn die Gestaltung der Nebenfolgen davon abhängig sei,²⁰⁾ leuchtet mehr ein. Für den Ehebruch wurde überhaupt eine Ausnahme gemacht.²¹⁾ Es ist m.E. wirklich nicht einzusehen, warum mittels Revision eine Ehe, die auf Grund von Art. 142 ZGB geschieden wurde, nicht im Revisionsverfahren auf Grund von Art. 137 ZGB geschieden werden soll. Erstens kann - wie bereits dargetan - die Gestaltung der Nebenfolgen davon stark abhängig sein, und zweitens erlauben es uns unsere (noch) gegenwärtigen ethischen Vorstellungen über die Ehe nicht, über einen Ehebruch hinwegzusehen, wenn er tatsächlich scheidungsbe gründend ist. Dies gilt im Scheidungsverfahren, hat aber m.E. auch im Revisionsverfahren zu gelten.²²⁾

18) BGE 106 II 120

19) BGE 106 II 121

20) ASTRAEULI/MESSMER, N 8 zu § 293 ZPO (1. Aufl. 1976)

21) ZR 52 (1953) Nr. 56 E. 2; man beachte jedoch die 5-jährige Verwirkungsfrist nach Art. 137 Abs. 2 ZGB

22) Dem Ehebruch soll dahingehend keine Sonderbehandlung mehr eingeräumt werden, als er immer mehr zu relativieren ist, d.h. als die durch den an sich absoluten Scheidungsgrund des Ehebruches geschaffene Vermutung der Ehezerrüttung widerlegt werden können soll (vgl. zu dieser Problematik ausführlich BUEHLER/SPUEHLER, N 30 ff. zu Art. 137 ZGB).

II. Das Scheidungsurteil im besonderen

1. Die Scheidung als solche

a) Grundsatz

Die Revision des Scheidungsurteils im Hauptpunkt kann Gutheissung des Scheidungsbegehrens, Annullierung der Scheidung oder bloss Aenderung des Scheidungsgrundes bedeuten.²³⁾ Allerdings ist vorliegend nochmals darauf zu verweisen, dass die Aenderung des Scheidungsgrundes im Rechtsmittelverfahren mangels Beschwer nach neuer Praxis nicht mehr zulässig ist.

b) Wiederverheiratung eines Ehegatten

Hat sich einer der Ehegatten in der Zwischenzeit nach der Scheidung wieder verheiratet, kann die Scheidung mittels Revision nicht wieder annulliert werden.²⁴⁾ In den Nebenfolgen allerdings kann das Scheidungsurteil revidiert werden.²⁵⁾

Würde nach der Wiederheiratung einer der geschiedenen Ehegatten die Scheidung annulliert, stünde man vor der Frage, wie die nach der Scheidung geschlossene Ehe zu qualifizieren sei. Die Annullierung der Scheidung hätte zur Folge, dass die geschiedene Ehe rückwirkend wieder Bestand hätte. Die zweite Ehe wäre dann grundsätzlich eine nach Art. 220 ZGB nichtige Doppelehe, was jedoch auch keine befriedigende Lösung sein kann. Denn zur

23) KEHL/KEHL II, Nr. 812

24) EGGER, N 6 zu Art. 120 ZGB; HINDERLING, S. 235; BAERLOCHER, S. 176; BALLY, S. 126, BIRCHMEIER, S. 499

25) BGE 93 II 154

Zeit der zweiten Eheschliessung war ja die erste Ehe rechtskräftig geschieden und die zweite Ehe nicht als Doppelehe zu bezeichnen. Die andere Möglichkeit wäre, nach Annullierung der Scheidung die erste und zweite Ehe für gültig zu erklären, was jedoch zur ethischen Auffassung unserer Gesellschaft über die Monogamie in krassem Widerspruch stünde. Zudem wäre der Schutz der Interessen Dritter und der öffentlichen Ordnung nicht mehr gewährleistet. Ausserordentlich schwer wiegt jedoch, dass sich der nicht geschiedene Ehegatte, der die zweite Ehe mit dem geschiedenen Ehegatten eingeht, immer darum sorgen müsste, ob die erste Ehe nicht wiederauflebe. Die Revision kann aber nicht dazu da sein, einen solch befremdenden Zweck zu erfüllen. Es darf daher auch nicht darauf ankommen, ob die neuen Ehegatten vom Vorliegen eines Revisionsgrundes wussten, also insofern bösgläubig waren. Denn die Kenntnis über das Vorliegen eines Revisionsgrundes verbietet einem geschiedenen Ehegatten noch nicht, eine neue Ehe einzugehen. Das Vorhandensein eines Revisionsgrundes macht die Scheidung nicht automatisch nichtig, sondern lediglich anfechtbar. BALLY, S. 128, will einen an der Bösgläubigkeit der neuen Ehegatten bemessenen Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch zulassen, was m.E. nicht in unsere Rechtsordnung passt, wenn man die neue Eheschliessung als unerlaubte Handlung ansieht. Die Eheschliessung an und für sich ist keine unerlaubte Handlung, sondern lediglich eventuell rechtsmissbräuchlich. Solange also das Revisionsverfahren noch nicht anhängig ist, darf ein geschiedener Ehegatte unbekümmert eines allfälligen Revisionsgrundes in Bezug auf die Scheidung wieder heiraten.

Wie ist die Rechtslage aber zu beurteilen, wenn der geschiedene Ehegatte und Revisionsgegner während des Revisionsverfahrens wieder heiratet? Dies ist grundsätzlich nur möglich, wenn der Richter dem Revisionsbegehren nicht die aufschiebende Wirkung erteilt (§ 294 ZPO). Denn dann bleibt das Scheidungsurteil bis zum Revisionsentscheid rechtskräftig und erlaubt dem erwähnten Revisionsgegner, sich wieder zu verheiraten. Da dieser das Revisionsverfahren und damit um die Möglichkeit einer Annullierung der Scheidung weiss, ist seine Bösgläubigkeit in Bezug auf die neue Eheschliessung zu vermuten. Er hätte mit dieser zuwarten müssen, bis der Revisionsentscheid ergangen wäre. Ist die Eheschliessung jedoch erfolgt, besteht im Gesetz kein Grund, sie für nichtig zu erklären, wenn die Scheidung im Revisionsverfahren annulliert wurde.²⁶⁾ Die Ehe ist jedoch nach den Art. 123 - 128 ZGB auch nicht anfechtbar, da dem die Revision anbegehrenden "ersten" Ehegatten keine Klagelegitimation zusteht. Es ist sehr unbefriedigend, wenn sich der geschiedene Ehegatte durch eine Wiederverheiratung in einem solchen Falle bewusst der Revision des Scheidungsurteils entziehen könnte. Andererseits darf ein Revisionsbegehren auch nicht gestellt werden, um den geschiedenen Ehegatten an einer Wiederverheiratung zu hindern.

26) Man kann nicht von einer Doppelehe im Sinne von Art. 120 ZGB sprechen, wenn zur Zeit der zweiten Eheschliessung die Scheidung noch rechtskräftig war.

Dass ein Revisionsbegehren wegen Rechtsmissbrauchs abgewiesen werden kann, ist ohne weiteres möglich und leuchtet jedermann ein.²⁷⁾

Kann jedoch eine rechtmisbräuchlich geschlossene Ehe aufgehoben werden? Art. 120 Ziff. 4 ZGB stellt einen Sachverhalt des Rechtsmissbrauchs dar, in dem die Ausländerin die Eheschliessung mit einem Schweizer zur Gesetzesumgehung, d.h. zur Umgehung der Vorschriften über die Einbürgerung missbraucht. Ein anderer Sachverhalt des Rechtsmissbrauchs durch Eheschliessung ist im ZGB nicht aufgeführt. Es regelt den Fall der Wiederverheiratung mit dem einzigen Zweck, der Revision des Scheidungsurteils zu entgehen, nicht. Das heisst aber nicht, dass eine solche Ehe nicht für ungültig erklärt werden könnte. Der Tatbestand der Bürgerrechtsehe (Art. 120 Ziff. 4 ZGB) wurde auch erst durch Art. 56 des Bürgerrechtsgesetzes vom 29. September 1952²⁸⁾ ins ZGB aufgenommen.²⁹⁾ Vorher stellte das Bundesgericht in BGE 65 II 133 fest, dass eine Ehe, die nicht für die volle und dauernde Lebensgemeinschaft, sondern lediglich zum Bürgerrechtserwerb der Ehefrau geschlossen werde, auf Grund von Art. 2 ZGB für ungültig zu erklären sei. Es

27) Dies kann v.a. dann der Fall sein, wenn das Revisionsbegehren lange Zeit nach der Scheidung aus Schikane am geschiedenen Ehegatten gestellt wird, so z.B. um ihn eben an einer Wiederverheiratung zu hindern, oder aus purer Streitsucht, ohne feste Absicht, die Ehegemeinschaft wieder aufzunehmen.

28) SR 141.0

29) GOETZ, N 20 zu Art. 120 ZGB

liege diesfalls ein Missbrauch des Rechts zur Ehe vor. Dies verdeutlicht, dass eine rechtsmissbräuchlich geschlossene Ehe auch dann für ungültig erklärt werden kann, wenn der betreffende Tatbestand des Rechtsmissbrauchs nicht in einer speziellen Bestimmung gesetzlich geregelt ist.³⁰⁾

c) Nach dem Tod eines Ehegatten

Es stellt sich die Frage, ob der eine geschiedene Ehegatte berechtigt ist, das Scheidungsurteil revidieren zu lassen, obwohl der andere Ehegatte zwischen der rechtskräftig ausgesprochenen Scheidung und der Anhängigmachung des Revisionsbegehrens verstorben ist. Die Annullierung der Scheidung hätte zur Folge, dass der überlebende Gesuchsteller gegenüber dem Verstorbenen wieder erbberechtigt würde. Die Ehe gälte dann nämlich nicht mehr als durch Scheidung, sondern als durch Tod des einen Ehegatten aufgelöst. In BGE 93 II 153 hat das Bundesgericht entschieden, dass die durch rechtskräftiges Scheidungsurteil bewirkte Auflösung der Ehe - wegen der höchstpersönlichen Natur des Scheidungsanspruches - nach dem Ableben des einen Ehegatten bundesrechtlich nicht mehr rückgängig gemacht werden könne, wobei die Zulässigkeit einer Revision hinsichtlich der Nebenfolgen offengelassen wurde.³¹⁾ Dies hat

30) Anders noch BGE 48 II 182: Eine Ehe könne nur aus den in Art. 120 ff. ZGB aufgeführten Gründen, nicht aber wegen Simulation oder gestützt auf Art. 20 OR oder Art. 2 ZGB oder wegen Gesetzesumgehung ungültig erklärt werden.

31) STRAEULI/MESSMER, N 8 zu § 293 ZPO

zur Folge, dass angesichts der angesprochenen höchstpersönlichen Natur des Scheidungsanspruches die Erben des Verstorbenen nicht passivlegitimierte Partei im Revisionsverfahren sein können. M.E. ist auch ein Revisionsbegehren des überlebenden Ehegatten zumindest in Bezug auf die güterrechtlichen oder sonst die erbrechtlichen Ansprüche berührenden Nebenfolgen nicht zulässig. Es ist durchaus denkbar, dass zur Zeit eines Revisionsbegehrens bereits eine erbrechtliche Auseinandersetzung zufolge des Todes des einen geschiedenen Ehegatten erfolgt ist. Eine revidierte Gestaltung der angesprochenen Nebenfolgen jedoch würde diese erbrechtliche Auseinandersetzung und damit die Interessen der Erben des Verstorbenen und womöglich auch das öffentliche Interesse tangieren.³²⁾ Dies widerspräche dem Rechtssicherheitsgedanken. Aus diesen Gründen ist die Regelung auch bezüglich der Nebenfolgen nach dem Tod eines der geschiedenen Ehegatten für definitiv zu betrachten.

d) Andere Revisionsausschlussgründe

Bereits dargelegt wurde die Unzulässigkeit eines Revisionsbegehrens, wenn es rechtsmissbräuchlich gestellt wird. Dazu genügt aber nicht alleine, dass zwischen der rechtskräftig ausgesprochenen Scheidung und dem Revisionsbegehren schon erheblich viel Zeit vergangen ist. Ein Revisionsbegehren kann durchaus auch nach langer Zeit seit der Scheidung noch begründet

32) A.M. offenbar RUST, S. 64

sein. Zudem sieht die zürcherische ZPO für die Stellung eines solchen Begehrens keine Verwirkungsfrist vor.

Nicht bezüglich der Revision einer Scheidung, jedoch analog dazu (Art. 102 Abs. 3 ZGB) und deshalb erwähnenswert, ist es unzulässig, eine wegen Verschollenerklärung aufgelöste Ehe (Art. 102 ZGB) mittels Revision anzufechten. Die gerichtliche Auflösung der Ehe eines Verschollenerklärten allein beendet die Ehe, und zwar auf jeden Fall; also auch dann, wenn der Verschollenerklärte wieder zurückkehrt. Hat sich z.B. die Frau nicht wieder verheiratet und will sie mit dem zurückgekehrten Verschollenen wieder als Ehefrau zusammenleben, so bedarf es dazu der Eingehung einer neuen Ehe.³³⁾ Eine Revision der richterlichen Auflösung ist demnach ausgeschlossen.³⁴⁾

2. Die Schuldfrage

Bereits wiederholt erwähnt wurde, dass die Geltendmachung eines andern Scheidungsgrundes im Revisionsverfahren nicht mehr zulässig ist. Wird jedoch ein anderer Scheidungsgrund im Zusammenhang mit einer Neugestaltung der Schuldfrage geltend gemacht, so ist ein Revisionsbegehren als zulässig zu betrachten, weil von der Schuldfrage regelmässig die Gestaltung der Nebenfolgen abhängig sein kann.³⁵⁾

33) GOETZ, N 4 f. zu Art. 102 ZGB

34) GOETZ, N 8 zu Art. 102 ZGB

35) Vgl. vorne, I. 2. a.; gl.M. KEHL/KEHL II, Nr. 818; RUST, S. 125

3. Die Nebenfolgen

Zusammenfassend ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Revision hinsichtlich der Nebenfolgen grundsätzlich zulässig ist, ausser wenn sie nach dem Tod eines geschiedenen Ehegatten geltend gemacht wird.³⁶⁾

Was eine Revision der Nebenfolgen in Bezug auf die Elternrechte betrifft, so ist das Kindesinteresse auch hier zu wahren. Das Kindesinteresse kann die Revision Jahre nach der Scheidung verbieten.³⁷⁾

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Revision ist auch dann zuzulassen, wenn mit ihr lediglich das Ziel verfolgt wird, die Kosten- und Entschädigungsfolgen günstiger zu gestalten. Im weitesten Sinne sind sie ja auch als Nebenfolgen der Scheidung zu betrachten. Es ist nicht einzusehen, warum eine auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen gerichtete Revision - allein oder im Zusammenhang mit der Revision anderer Nebenfolgen - nicht zulässig sein sollte.

III. Die Scheidungskonvention

Gegen einen Endentscheid, der auf Grund eines Vergleiches ergangen ist, kann Revision verlangen, wer nachweist, dass die Parteierklärung zivilrechtlich unwirksam ist (§ 293 Abs. 2 ZPO).

36) Vgl. vorne, c.

37) BGE 93 II 154

Ein Vergleich ist also der Revision zugänglich. Die genehmigte Scheidungskonvention darf jedoch einem gerichtlichen Verfahren nicht absolut gleichgestellt werden.³⁸⁾ Hinzu kommt, dass die der Offizialmaxime unterstehenden Nebenfolgen als selbständige Bestimmungen ins Scheidungsdispositiv aufzunehmen und der genehmigten Scheidungskonvention gar nicht mehr teilhaftig sind. So ist bei einem Revisionsbegehren bezüglich der Scheidungskonvention zwischen den der Offizialmaxime und den der Dispositionsmaxime unterstehenden Nebenfolgen zu unterscheiden.

1. Im Bereich der Offizialmaxime

Wie erwähnt sind die der Offizialmaxime unterstehenden, in einer Scheidungskonvention geregelten Nebenfolgen vom Scheidungsrichter lediglich als Parteianträge zu verstehen. Daher hat der Richter parteiliche Einigungen in Bezug auf Kinderzuteilung, Besuchsrecht und Kinderunterhalt als selbständige Bestimmungen ins Scheidungsdispositiv aufzunehmen, nachdem er sich selber von der geeignetsten Lösung überzeugt hat, d.h. nachdem er selber eine materielle Ueberprüfung vorgenommen hat. Diese Bestimmungen werden also dem eigentlichen Scheidungsurteil nicht durch blosse Genehmigung teilhaftig. Sie verlieren also ihren "Vergleichscharakter" ohne weiteres und können deshalb nicht wie ein Vergleich auf Grund zivilrechtlich unwirksamer Parteierklärungen (§ 293 Abs. 2 ZPO) revidiert

38) Ueber die Rechtsnatur der Scheidungskonvention vgl. vorne, § 3. B. I. 1.

werden.³⁹⁾ Gleichwohl ist die Revision der betreffenden Urteilsbestimmungen zulässig, jedoch "nur" nach § 293 Abs. 1 ZPO.⁴⁰⁾

Entsprechen die Urteilsbestimmungen den Anträgen der Parteien im Scheidungsprozess, so hat der Gesuchsteller trotz Officialmaxime einen Willensmangel nachzuweisen, da er sonst im Vergleich zu seinen Anträgen, die er im Scheidungsprozess gestellt hat, nicht beschwert wäre.⁴¹⁾ Allerdings kann dieser Nachweis des Willensmangels nicht zur Aufhebung des Urteils führen, wenn die neu entdeckte Tatsache gemäss § 293 Abs. 1 ZPO für den Entscheid des Richters ohne Belang ist.⁴²⁾

2. Im Bereich der übrigen Nebenfolgen

Ob eine richterlich genehmigte Scheidungskonvention in Bezug auf die der freien Disposition der Parteien unterstehenden Nebenfolgen mit der Revision anfechtbar ist oder nicht, hängt davon ab, wie eine solche Konvention rechtlich qualifiziert wird.⁴³⁾

39) BUEHLER/SPUEHLER, N 203 zu Art. 158 ZGB lässt jedoch die Revision wegen Willensmangels in Bezug auf Kinderbelange zu, sofern die Anfechtung auch Auswirkungen auf die vermögensrechtlichen Konventionsbestimmungen haben kann.

40) STAEBELIN, S. 291

41) STRAEULI/MESSMER, N 9 zu § 293 ZPO

42) dito 41); ZR 52 (1953) Nr. 56 E. 3 u. 4; 55 (1956) Nr. 77, S. 168; es gilt zudem zu beachten, dass nach zürcherischer Praxis ein erst nach der Rechtskraft des Urteils entdeckter Willensmangel als Revisionsgrund anerkannt wird (SJZ 65 (1969), S. 359, Nr. 191)

43) Ueber die Rechtsnatur der Scheidungskonvention als eine dem gerichtlichen Vergleich ähnliche Vereinbarung vgl. ausführlich vorne § 3. B. I. 1.

Nach BGE 95 II 387 verliert die Scheidungskonvention durch die richterliche Genehmigung ihren privatrechtlichen Charakter und wird voller Bestandteil des Urteils und zwar eben unabhängig vom disponiblen oder nicht disponiblen Teil.⁴⁴⁾ Folgt man dieser Ansicht, so kann die Scheidungskonvention auch in Bezug auf die der Dispositionsmaxime unterstehenden Nebenfolgen nur nach § 293 Abs. 1 ZPO mit der Revision angefochten werden.

Befürwortet man jedoch die Ansicht eines Teils der Lehre, die der genehmigten Scheidungskonvention in Bezug auf den disponiblen Teil der Nebenfolgen den Vergleichscharakter nicht abspricht, sondern sie als eine Art gerichtlichen Vergleich betrachtet, so muss auch die Anfechtung mittels Revision nach § 293 Abs. 2 ZPO wegen eines Willensmangels möglich sein. Ich gebe der Scheidungskonvention im Bereich der Dispositionsmaxime als eine Art Vergleich den Vorzug. Der Scheidungsrichter hat lediglich eine beschränkte materielle Ueberprüfungsbefugnis, die ihn einen Willensmangel der einen oder andern Partei kaum erkennen lässt. Zudem kann er nicht auf die Wirksamkeit von Parteierklärungen schliessen, wenn er nicht weiss, ob er durch die Parteien über alle zwischen ihnen getroffenen Abmachungen informiert worden ist. Es würde daher m.E. einen zu grossen Einschnitt in die Rechte der Parteien bedeuten, könnten sie im Bereich der Dispositionsmaxime eine Scheidungskonvention nicht allein auf Grund einer - allerdings zu beweisenden - unwirksamen Parteierklärung revidieren lassen.

44) Vgl. vorne, § 3. B. II. 2.

Nachträglich zum Vorschein gekommene Ehebrüche des rentenberechtigten Ehegatten z.B. stellen grundsätzlich einen Willensmangel dar.⁴⁵⁾ Allerdings ist in Bezug auf den Irrtum über den Ehebruch des andern Teils bei Abschluss einer Scheidungsvereinbarung zu beachten, dass ein solcher Irrtum nur dann ein Revisionsgrund sein kann, wenn nach den Umständen für den andern Teil erkennbar war, dass der Irrende die Vereinbarung ohne den Irrtum nicht abgeschlossen hätte.⁴⁶⁾

Ein weiterer Grund zur Anfechtung einer Konvention im Bereich der Dispositionsmaxime ist die absichtliche Täuschung (Art. 28 OR).

45) BJM (1974) S. 50

46) SJZ 65 (1969), S. 359, Nr. 191

E. Zuständigkeit

I. Zuständigkeit nach der zürcherischen ZPO

Durch § 295 ZPO werden zugleich die örtliche, sachliche sowie die funktionelle Zuständigkeit bestimmt. Das Revisionsbegehren ist gemäss § 295 ZPO am Ort der Scheidung geltend zu machen, und zwar bei derjenigen Instanz, die letztmals in der Sache selbst entschieden hat. Hat z.B. das Obergericht als letzte Instanz das Scheidungsurteil in der Sache selbst gefällt, so ist es auch für die Revision des Scheidungsurteils zuständig. Dass das Gericht, welches die Scheidung ausgesprochen hat, für die Revision des Scheidungsurteils zuständig ist, mag dann von Vorteil sein, wenn das Gericht in gleicher oder nahezu gleicher Besetzung wie bei der Scheidung über die Revision entscheidet. Denn dann ist eine lückenlose Kenntnis über den vorangegangenen Scheidungsprozess gewährleistet. Ist es jedoch nicht mehr möglich, das Revisionsbegehren von denselben Richtern, die das Scheidungsurteil gefällt haben, beurteilen zu lassen, verliert die Zuständigkeitsvorschrift ihren Sinn. Es gibt aber noch einen andern Grund, das Revisionsbegehren nicht vom "Scheidungsgericht", vor allem nicht in zweiter und höherer Instanz beurteilen lassen zu müssen:

Die Zuständigkeit eines Gerichtes gilt für das ganze Revisionsverfahren, sowohl für die eigentliche Widerherstellung, als auch für den neuen Sachentscheid.⁴⁷⁾ Dies ergibt sich aus § 298 ZPO und scheint prozessökonomisch vernünftig. Wird nun aber der neue Sachentscheid von einer

47) DESBIOLLES, S. 49

oberen Instanz gefällt, so steht für diesen im Rechtsmittelverfahren nicht mehr der ganze Instanzenzug zur Verfügung. Ist z.B. das Obergericht zur Beurteilung eines Revisionsbegehrens zuständig, und fällt es einen neuen Sachentscheid, so steht den Parteien in Bezug auf den neuen Entscheid die kantonale Berufung nicht mehr zur Verfügung. Ist ein neuer Sachentscheid zu fällen, sollte dieser deshalb m.E. zur Wahrung des ordentlichen Instanzenzuges immer von der ersten Instanz gefällt werden.

Vorbehaltlose Einlassung auf eine Klage vor einem örtlich nicht zuständigen Gericht im Sinne von § 12 ZPO begründet auch dessen Zuständigkeit in einem nachfolgenden Revisionsprozess.⁴⁸⁾ Dieser Fall kann jedoch in Bezug auf die Revision des Scheidungsurteils nicht eintreten. Für die Scheidungsklage besteht nach Art. 144 ZGB ein zwingender Gerichtsstand, der vom Gericht von Amtes wegen als Prozessvoraussetzung zu beachten ist. Eine vorbehaltlose Einlassung bei einem unzuständigen Gericht ist daher nicht möglich.

Das unzuständige Gericht hat sich als solches zu erklären. Der Prozess muss auf Begehren des Klägers gemäss § 112 ZPO an das von ihm als zuständig bezeichnete Gericht überwiesen werden.

48) MARTI, S. 54

II. Internationale Zuständigkeit

1. Beim schweizerischen Scheidungsurteil⁴⁹⁾

a) Schweizer im Ausland

Haben sich Schweizerbürger, welche im Ausland Wohnsitz haben, gemäss Art. 7g Abs. 1 NAG bzw. Art. 59 IPR-Gesetz in der Schweiz scheiden lassen, so müssen sie auch zur Revision dieses Scheidungsurteils in der Schweiz zugelassen werden.

b) Ausländer in der Schweiz

Ein Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz, der nach Art. 7h NAG bzw. Art. 58 IPR-Gesetz in der Schweiz geschieden worden ist, kann sein Scheidungsurteil - nach der zürcherischen ZPO am Scheidungsforum - revidieren lassen. Allerdings hat er - lässt man die noch nicht geltenden Art. 58 und 61 IPR-Gesetz ausser acht - m.E. wie anlässlich des Scheidungsverfahrens analog zu Art. 7h NAG den Nachweis zu erbringen, dass nach Gesetz oder Gerichtsgebrauch seiner Heimat der allenfalls neu geltend gemachte Scheidungsanspruch bzw. Sachverhalt in Bezug auf den Scheidungsgrund zugelassen und der schweizerische Gerichtsstand anerkannt ist. Sind die geschiedenen Ehegatten verschiedener Nationalität, so genügt der Nachweis des Heimatrechtes eines der beiden Ehegatten.⁵⁰⁾

49) Es wird in vorliegender Arbeit darauf verzichtet, die unterschiedlichen Regelungen betr. die Revision in den verschiedenen Kantonen darzulegen. Es wird innerstaatlich von der Regelung des Kts. Zürich (§ 293 ff. ZPO) ausgegangen.

50) Dies seit dem Fall "Cardo" (BGE 94 II 73)

Die ratio dieses Nachweises besteht in der internationalen Anerkennung der Scheidung bzw. vorliegend des revidierten Scheidungsurteils. Es sind deshalb die Kollisionsnormen des ausländischen Heimatstaates zu beachten. Wird vom Ausland das schweizerische Scheidungsurteil anerkannt, ist anzunehmen, dass auch das revidierte Scheidungsurteil anerkannt wird. Kann für die Berücksichtigung des neu geltend gemachten Sachverhaltes der Nachweis für das ausländische Heimatrecht nicht erbracht werden, darf die Revision nicht an die Hand genommen werden. Ein Nachweis der Anerkennung und Vollstreckung des Urteils bezüglich der Nebenfolgen - welche sich auch für Ausländer in der Schweiz regelmässig nach schweizerischem Recht richten⁵¹⁾ - im ausländischen Heimatrecht wird nicht verlangt. Trifft die Revision also ausschliesslich die Nebenfolgen der Scheidung, ist auf die Anerkennung im ausländischen Staat nicht zu achten.⁵²⁾

Dasselbe hat zu gelten, wenn die geschiedenen ausländischen Ehegatten nach der Scheidung ins Ausland gezogen sind. Ein schweizerisches Scheidungsurteil muss m.E. unter dem angesprochenen Nachweis des ausländischen Heimatrechtes unabhängig vom Wohnsitz der ausländischen Ehegatten in der Schweiz revidiert werden können.

51) VISCHER/VON PLANTA, S. 93

52) Auch das Haager Uebereinkommen vom 1. Juni 1970, für die Schweiz in Kraft seit 17. Juli 1976, über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen erstreckt sich nicht auf die Nebenfolgen.

2. Beim ausländischen Scheidungsurteil

a) Schweizer im Ausland

Sind Schweizer mit Wohnsitz im Ausland gemäss Art. 28 Ziff. 1 NAG im Ausland nach ausländischem Recht geschieden worden, so hat auch die Revision des Scheidungsurteils nach ausländischem Recht zu erfolgen. Besteht nach Art. 28 Ziff. 2 NAG im Ausland keine Möglichkeit der Revision, ist zu überprüfen, ob diesfalls der Schweizer mit ausländischem Wohnsitz ein Anrecht auf ein Revisionsverfahren am Gerichtsstand seines Heimatkantons habe.

Damit aber das ausländische Scheidungsurteil in der Schweiz überhaupt revidiert werden kann, muss es in der Schweiz anerkannt sein. Anerkennung eines ausländischen Urteils bedeutet, dass die Entscheidung des ausländischen Gerichtes - seine Rechtskraft⁵³⁾, bei Konstitutivurteilen auch seine Gestaltungswirkungen - in gleicher Weise beachtet wird, wie die Entscheidung eines inländischen Gerichtes.⁵⁴⁾ Eine Sonderstellung nehmen nun aber diejenigen Urteile ein, durch welche die Ehe von Schweizern mit Wohnsitz im Ausland geschieden wurde. Diese müssen in der Schweiz anerkannt werden, sofern sie vom zuständigen Richter am ausländischen Wohnsitz gefällt wurden (Art. 7g Abs. 3 NAG), es sei denn, dass sie mit dem inländischen ordre public im Widerspruch stehen. Dagegen kommt es nicht darauf

53) Vgl. § 191 Abs. 3 ZPO

54) GULDENER, IZPR, S. 91; ausführlich über die Anerkennung ausländischer Entscheide, derselbe, S. 91 ff.

an, welches Recht dem Scheidungsurteil materiell zugrunde gelegt worden ist.⁵⁵⁾

Wird demnach das ausländische Scheidungsurteil in der Schweiz anerkannt und damit wie ein inländisches behandelt, und besteht für die Schweizer im betreffenden ausländischen Staat keine Möglichkeit, die Revision des Scheidungsurteils zu verlangen, so muss diesfalls der Auslandschweizer m.E. im Sinne von Art. 28 Ziff. 2 NAG berechtigt sein, in der Schweiz ein Revisionsbegehren zu stellen.

b) Ausländer in der Schweiz

Ein Ausländer, der in seinem ausländischen Heimatstaat geschieden worden und hernach in die Schweiz gezogen ist, soll m.E. eine Revision des Scheidungsurteils an seinem schweizerischen Wohnsitz nur unter folgenden Voraussetzungen anbegehren können:

Das ausländische internationale Zivilprozessrecht verweist auf das schweizerische Kollisionsrecht. Mit andern Worten, das ausländische Kollisionsrecht muss dem Ausländer erlauben, in der Schweiz, sofern vom schweizerischen Recht her möglich, ein solches Begehren zu stellen.

Das ausländische Scheidungsurteil muss durch Staatsvertrag oder sonst in der Schweiz anerkannt sein, ansonsten eine Revision gar nicht möglich ist. Die Anerkennung richtet sich nach dem Haager Uebereinkommen

55) GULDENER, S. 93 f.

vom 1. Juni 1970, für die Schweiz in Kraft seit 17. Juli 1976.⁵⁶⁾ Ausserhalb dieses Staatsvertrages wird die Scheidung ausländischer Ehegatten in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Heimatland eines der Ehegatten ausgesprochen wurde, auch wenn das Heimatland des andern sie nicht anerkennt; dies sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen die im Ausland erfolgte Scheidung schweizerischer Ehegatten anerkannt wird. Die Scheidung wird demnach anerkannt, wenn die Gerichte des Landes, wo die Scheidung ausgesprochen wurde, nach dem Rechte dieses Landes zuständig waren.⁵⁷⁾

Sind die bis anhin genannten Voraussetzungen gegeben, so hat der Ausländer m.E., wie schon einmal erwähnt, zudem den Nachweis zu erbringen, dass nach Gesetz oder Gerichtsgebrauch der neu zur Beurteilung gebrachte Sachverhalt zugelassen und der schweizerische Gerichtsstand anerkannt ist. Das heisst, wird das ausländische Scheidungsurteil in der Schweiz anerkannt, muss der ausländische Staat später in Bezug auf das allfällige revidierte Scheidungsurteil Gegenrecht halten.

56) SR 0.211.212.3

57) Fall "Ventura" (BGE 99 II 1 ff.)

F. Revisionsgründe

I. Allgemeines

Als Revisionsgründe kommen nach § 293 ZPO neue Tatsachen und neue Beweismittel, die den Entscheid für den Gesuchsteller günstiger gestaltet hätten, sowie die zivilrechtlich unwirksame Parteierklärung in Frage.

Der Gesuchsteller darf die Schuld an seiner Unkenntnis über den Revisionsgrund im früheren Prozess nicht selbst tragen.⁵⁸⁾ § 293 Abs. 1 ZPO sieht die rechtzeitige Anwendung der erforderlichen Sorgfalt vor. Vermutet z.B. die beklagte Partei, welche das Klagefundament der klagenden Partei zerstören möchte, dass der Kläger schon seit längerer Zeit regelmässig Ehebruch begeht, so hat sie darüber Nachforschungen anzustellen, um wenn möglich den Beweis des Ehebruches⁵⁹⁾ erbringen zu können. Tut sie es nicht, so hat sie nicht die erforderliche Sorgfalt angewendet und kann die auf Grund tiefer Zerrüttung der Ehe ausgesprochene Scheidung nicht mittels Revision annullieren lassen, indem sie einen Ehebruch geltend macht, den sie schon im vorangegangenen Scheidungsverfahren bei genügender Sorgfalt hätte nachweisen können. An die erforderliche Sorgfalt dürfen indessen nicht allzu strenge Voraussetzungen geknüpft werden.⁶⁰⁾ Ansonst würde den Parteien bald verunmöglicht, überhaupt ein Revisionsbegehren zu stellen.

58) BGE 98 II 255 E. 3

59) Ueber den Revisionsgrund des Ehebruches vgl. vorne, D. I. 2. b.

60) STRAEULI/HAUSER, N 11 zu § 351 aZPO

II. Neue Tatsachen und neue Beweismittel

Neue Tatsachen und neue Beweismittel sind dann als Revisionsgrund zu betrachten, wenn sie den Entscheid für den Gesuchsteller günstiger gestaltet hätten. Der Gesuchsteller kann von Tatsachen, die zwar neu sind, aber im vorangegangenen Verfahren nicht unmittelbare Entscheidungsgrundlage für den in Revision gezogenen Entscheid gewesen wären, keinen neuen Entscheid zu seinen Gunsten erwarten. Die Tatsachen oder Beweismittel müssen solches Gewicht haben, dass sie den Entscheid zu Gunsten des Gesuchstellers umzustürzen vermögen.

Zudem müssen die neuen Tatsachen oder neuen Beweismittel bereits im Zeitpunkt der Fällung des vorangegangenen Entscheides bestanden haben. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von § 293 Abs. 1 ZPO.⁶¹⁾ Treten neue Tatsachen erst nach rechtskräftig ausgesprochener Scheidung auf, so ist m.E. allenfalls eine Abänderungsklage anzustrengen. Dies trifft z.B. dann zu, wenn die Mutter, welche anlässlich der Scheidung die elterliche Gewalt über die Kinder zugesprochen erhalten hat, nicht mehr fähig ist, diese zu erziehen, weil sie z.B. einen Lebenswandel führt, der wegen dauernder Abwesenheit ihrerseits eine ordent-

61) Als neue Beweismittel anerkennt die Zürcher Praxis allerdings auch solche, die erst später entstanden sind und nun rückwirkend geeignet erscheinen, eine vom Revisionskläger vor der Urteilsfällung behauptete Tatsache zu beweisen, wie z.B. die Geburt eines vor der Scheidung gezeugten Kindes als Beweis für den im Scheidungsprozess behaupteten Ehebruch der Beklagten (STRAEULI/MESSMER, N 5 zu § 293 ZPO mit Verweisen).

liche Erziehung der Kinder verunmöglicht. Eine solche neue Tatsache hat der Berechtigte, sei es nun der Vater oder sei es die Vormundschaftsbehörde, in einem Abänderungsverfahren und nicht mittels Revision geltend zu machen.

Hat hingegen dieselbe Mutter schon vor der Scheidung nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts eine Stelle angenommen, die es ihr nicht ermöglichte, die Kinder die Woche hindurch bei sich zu haben, und wusste der Vater aus irgendwelchen Gründen nicht von diesem Umstand, so kann er, falls er weit bessere Voraussetzungen zur Erziehung der Kinder mitbringt als die Mutter, m.E. bei Entdeckung dieses Umstandes ein Revisionsbegehren in Bezug auf die Kinderzuteilung stellen, falls er schon während dem Scheidungsprozess die Zuteilung der elterlichen Gewalt an die Mutter bestritten hat.

III. Zivilrechtlich unwirksame Parteierklärung

Der Nachweis der zivilrechtlich unwirksamen Parteierklärung kann zur erfolgreichen Revision einer Klageanerkennung, eines Klagerückzuges oder eines Vergleiches führen (§ 293 Abs. 2 ZPO). Für die vorliegende Arbeit interessiert in diesem Zusammenhang vor allem die Scheidungskonvention, die m.E. auf Grund eines Willensmangels im Sinne von Art. 23 ff. OR im Bereich der Dispositionsmaxime mittels Revision angefochten werden kann. Es kann deshalb auf die bereits unter D. III. vorstehend erfolgte Darstellung verwiesen werden.

G. Legitimation

I. Die Parteien

Zur Einreichung eines Revisionsbegehrens oder als Revisionsgegner sind in erster Linie die Parteien legitimiert, die sich schon im vorangegangenen Prozess gegenübergestellt sind und das angefochtene Urteil erwirkt haben.⁶²⁾ Bei der Scheidungsklage ist die Legitimation der Ehegatten in Bezug auf ein Revisionsbegehren betreffend den Scheidungspunkt eine ausschliessliche.⁶³⁾ Es handelt sich um ein höchstpersönliches Recht des einzelnen Ehegatten, die Scheidung mittels Revision doch noch durchzusetzen oder die erfolgte Scheidung annullieren zu lassen.

II. Dritte

1. Aktivlegitimation

Es stellt sich die Frage, inwieweit Dritte zur Stellung eines Revisionsbegehrens bezüglich des Scheidungsurteils legitimiert sein könnten. Als Dritte kommen die Rechtsnachfolger der Parteien im Scheidungsprozess, also in erster Linie deren Kinder in Frage. Können diese aber an einer Revision des Scheidungsurteils überhaupt interessiert sein? Im Scheidungspunkt selbst werden sie in ihren Interessen nicht berührt, sondern lediglich in den Nebenfolgen bezüglich ihres Unterhaltes und der Elternrechte.

62) GULDENER, S. 491; ZWEIFEL, S. 11

63) Vgl. vorne, D. II. 1. c.

Da die Kinderbelange unter der Offizialmaxime stehen, und der Richter sich daher materiell davon überzeugt hat, ob das Wohl der Kinder durch die betreffende Regelung im Scheidungsurteil gewährleistet ist, können die Kinder nur dann in ihren Interessen berührt sein, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt beim Abschluss einer Scheidungskonvention eine an einem Willensmangel leidende Erklärung abgegeben hat, welche die Kinder benachteiligt. Hat der Inhaber der elterlichen Gewalt z.B. in der Scheidungskonvention auf Unterhaltsbeiträge für die Kinder verzichtet, weil der andere Ehegatte ihm drohte, und hat der Richter diese Regelung in der Scheidungskonvention genehmigt, so sind die Kinder in ihren Interessen stark berührt, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt als ihr bisheriger Versorger verstirbt. Gleichwohl brauchen sie in einem solchen Falle - obwohl m.E. theoretisch möglich - nicht ein Revisionsbegehren auf Grund zivilrechtlich unwirksamer Parteierklärung des verstorbenen Ehegatten i.V.m. § 293 Abs. 1 ZPO⁶⁴⁾ zu stellen. Es ist nicht allein die Scheidungskonvention bzw. das Scheidungsurteil, welches den überlebenden Ehegatten zu Unterhalt an die Kinder verpflichtet oder eben nicht. Den Kindern steht gemäss Art. 279 ZGB die Unterhaltsklage gegen den überlebenden Ehegatten offen.

64) Die Möglichkeit der Anfechtung des nicht disponiblen Teils der Scheidungskonvention besteht im Revisionsverfahren nur nach § 293 Abs. 1 ZPO. Der Willensmangel muss also im Zusammenhang mit einem neuen Beweismittel oder einer neuen Tatsache geltend gemacht werden (vgl. vorne, D. III. 1.)

Vereinbart in einem andern Fall der eine Ehegatte mit dem andern in einer Scheidungskonvention, dass die durch den einen an den andern auszurichtende Rente passiv vererblich sei, leidet diese Erklärung aber an einem Willensmangel, so sollten m.E. die Erben des verstorbenen Verpflichteten, welche die Rente gemäss Scheidungskonvention weiterhin auszurichten hätten, berechtigt sein, diesen Willensmangel im Revisionsverfahren geltend zu machen und damit die Scheidungskonvention anzufechten.

2. Passivlegitimation

Es wurde bereits ausgeführt, dass wegen der höchstpersönlichen Natur des Scheidungsanspruches die Erben als Rechtsnachfolger des verstorbenen Ehegatten nicht passivlegitimierte Partei im Revisionsverfahren sein können.⁶⁵⁾

In Bezug auf die vermögensrechtlichen Nebenfolgen sind die Erben dann in ihren Interessen beeinträchtigt, wenn sich durch die angestrebte Revision des Scheidungsurteils die Gestaltung dieser Nebenfolgen derart ändern würde, dass sich ihr erbrechtlicher Anspruch dadurch verkleinern würde. Ein Revisionsbegehren nach dem Tod eines Ehegatten bezüglich der vermögensrechtlichen Nebenfolgen⁶⁶⁾ ist jedoch m.E. nur dann zulässig, wenn noch keine erbrechtliche Auseinandersetzung erfolgt ist. Ansonst sind die erbrechtlichen Ansprüche der Erben zu schützen. Der Interessenausgleich ist mit dieser Lösung durchaus gewahrt. Vor der erbrechtlichen Auseinandersetzung sind dem

65) Vgl. vorne, D. II. 1. c.

66) Das Bundesgericht hat die Frage der Zulässigkeit einer Revision hinsichtlich der Nebenfolgen offengelassen (BGE 93 II 153)

überlebenden Ehegatten alle Rechte gewahrt, danach werden die Ansprüche der Erben geschützt. Es scheint einleuchtend, dass in einem solchen Falle für die Revision ein Verwirkungszeitpunkt festgesetzt werden muss.

In Bezug auf die Elternrechte, wie z.B. Umteilung der elterlichen Gewalt oder Ausbau des Besuchsrechtes, besteht für den überlebenden Ehegatten die Möglichkeit der Abänderungsklage.⁶⁷⁾

67) Vgl. vorne, § 5. G. II. 1.

H. Das Revisionsverfahren

I. Verfahrensart im allgemeinen

Das Revisionsverfahren ist grundsätzlich ein schriftliches Verfahren. Revisionsbegehren und dessen Beantwortung erfolgen nämlich schriftlich (§ 296 und 297 ZPO). Das Verfahren wird durch Anhörung der Parteien und notwendige Beweiserhebungen fortgesetzt. Auf Grund der gemäss § 296 Ziff. 3 ZPO genannten Beweismittel kann das Gericht sofort den Beweisabnahmebeschluss erlassen.⁶⁸⁾

Das Verfahren findet sein Ende entweder mit der Abweisung des Revisionsbegehrens oder der Aufhebung des Erstentscheides und der Fällung eines neuen Entscheides (§ 298 ZPO).

II. Verfahrensabschnitte

1. Das Zulässigkeitsverfahren

Im Zulässigkeitsverfahren werden für das Revisionsbegehren die formellen Voraussetzungen⁶⁹⁾ überprüft. Zudem muss sich das Revisionsbegehren auf einen gesetzlichen Revisionsgrund stützen. Sind die formellen Voraussetzungen nicht gegeben, tritt das Gericht auf das Revisionsbegehren nicht ein.

2. Das Begründetheitsverfahren

Sind die formellen Voraussetzungen für das Revisionsgesuch

68) STRAEULI/MESSMER, N 1 zu § 298 ZPO

69) Vgl. eine Aufstellung darüber bei RUST, S. 36 ff.

gegeben, ist zu prüfen, ob es begründet bzw. nicht offensichtlich unbegründet ist. Ist es offensichtlich unbegründet, wird es sogleich abgewiesen (§ 297 ZPO). Erweist es sich nicht als sofort unbegründet, wird der Gegenpartei Gelegenheit zur schriftlichen Beantwortung gegeben. Nach eventueller Beweiserhebung ergeht der eigentliche Entscheid über das Revisionsgesuch. Bei Gutheissung wird das Scheidungsurteil aufgehoben, und das Gericht fällt einen neuen Entscheid (§ 298 ZPO).

III. Einleitung des Revisionsverfahrens: Revisionsgesuch

1. Formelle Anforderungen an das Revisionsgesuch

a) Form und Inhalt

Das Revisionsbegehren ist schriftlich einzureichen und muss in seinem Inhalt den in § 296 ZPO genannten Voraussetzungen entsprechen.

b) Frist

Das Revisionsbegehren ist innert 90 Tagen seit der Entdeckung der Revisionsgründe zu stellen (§ 295 Abs. 1 ZPO). Der Nachweis, dass seit der Entdeckung der Revisionsgründe noch nicht 90 Tage verflossen sind, ist bereits mit dem Revisionsbegehren zu erbringen (§ 296 Ziff. 4 ZPO).

c) Wirkung

Das Revisionsbegehren hemmt Rechtskraft und Vollstreck-

barkeit des angefochtenen Entscheides nicht.⁷⁰⁾ Es hat also grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Das Gericht kann aber, allenfalls gegen Sicherheitsleistung, aufschiebende Wirkung erteilen und vorsorgliche Massnahmen treffen (§ 294 ZPO).

d) Adressat

Revision ist bei demjenigen Gericht einzuleiten, das über die Revision selbst entscheiden wird (§ 295 Abs. 1 ZPO).

2. Weitere Voraussetzungen

a) Revisionsgrund

Das Revisionsgesuch kann nur gestellt werden, wenn dessen Begründung auf einem gesetzlichen Revisionsgrund beruht. Zudem dürfen keine Revisionsausschlussgründe⁷¹⁾ vorliegen.

b) Rechtskräftiges Scheidungsurteil

Das zu revidierende Scheidungsurteil muss formell rechtskräftig sein. Dies schliesst aus, dass die Revision geltend gemacht werden kann, wenn gleichzeitig die Berufung gegen das Scheidungsurteil noch möglich

70) Ueber die Folgen, die theoretisch entstehen können, wenn dem Revisionsbegehren die aufschiebende Wirkung nicht erteilt wird, vgl. vorne, D. II. 1. b.

71) Vgl. vorne, D. II. 1. b. - d.

wäre, da während der Berufungsfrist das Scheidungsurteil ja noch nicht rechtskräftig ist (§ 293 Abs. 3 ZPO).

Es darf materiell im Revisionsverfahren nicht ein Anspruch geltend gemacht werden, der bereits im Scheidungsverfahren behandelt worden ist; Diesfalls steht dem Revisionsgegner die Einrede der materiellen Rechtskraft offen. Die materielle Rechtskraft wird nicht von Amtes wegen geprüft (§ 191 Abs. 4 ZPO).

Wird im internationalen Verhältnis ein ausländisches Scheidungsurteil vom Inland anerkannt, so gilt diese Anerkennung auch hinsichtlich der Rechtskraft des Urteils. Der Zeitpunkt des Eintrittes der Rechtskraft und der Umfang ihrer Wirkungen bestimmt sich dann inter partes nach dem Recht des Urteilsgerichtes.⁷²⁾

IV. Der Revisionsentscheid

1. Wirkung

a) Das abweisende Scheidungsurteil

Wird das Revisionsgesuch gutgeheissen, so wird das abweisende Scheidungsurteil ex tunc aufgehoben. Die Ehe gilt somit erst mit der Fällung des neuen Endentscheides, der ein gutheissendes Scheidungsurteil sein wird, als geschieden.

b) Das gutheissende Scheidungsurteil

Wird das Revisionsgesuch, welches die Abweisung der

72) GULDENER, IZPR, S. 91

Scheidungsklage bezweckt, gutgeheissen, so wird das gutheissende Scheidungsurteil ebenfalls ex tunc aufgehoben. Im neuen Urteil wird die Scheidungsklage dann abgewiesen. Die Wirkungen sind derart, dass die Ehe nie geschieden war.

Soll mit dem Revisionsgesuch jedoch lediglich der Scheidungsgrund geändert werden, was dann auch eine Aenderung der Gestaltung der Nebenfolgen zur Folge haben könnte, so kann das ursprüngliche Scheidungsurteil nicht ex tunc aufgehoben werden. Dies hätte zur Folge, dass die Parteien rückwirkend zwischen dem aufgehobenen ursprünglichen Urteil und dem neu zu fällenden Urteil wieder verheiratet gewesen wären. Dass diesfalls die Scheidung, wird lediglich der Scheidungsgrund geändert, aber seit Rechtskraft des ursprünglichen Scheidungsurteils bestehen bleibt, ist einleuchtend. Andernfalls müssten sämtliche Nebenfolgen, auch diejenigen, die durch die Revision gar nicht berührt worden sind, auf den Zeitpunkt des Neuentscheidendes hin neu bestimmt werden. Die Revision soll aber nur dort zu einer Neubeurteilung führen, wo der neu zu beurteilende Sachverhalt direkte Wirkungen auf den alten Entscheid zeitigt.

Es rechtfertigt sich daher eine Aufhebung des ursprünglichen Scheidungsurteil ex nunc, und zwar nur in Bezug auf jene Punkte, die gegenüber dem alten Urteil wegen des begründeten Revisionsgesuches geändert werden müssen. Es versteht sich von selbst, dass solche vorgenommenen Aenderungen auch wieder neu zu begründen sind. Dort, wo das alte Scheidungsurteil unverändert

bleibt, handelt es sich beim neuen Urteil um eine Bestätigung des alten Gestaltungsaktes.⁷³⁾

c) Die Scheidungskonvention

Wird die Scheidungskonvention in Bezug auf die disponiblen Nebenfolgen im Revisionsverfahren auf Grund einer unwirksamen Parteierklärung angefochten, so ist m.E. der von der Revision betroffene Teil dieser Nebenfolgen ex tunc auf den Zeitpunkt der Ausfällung der Scheidung zurück aufzuheben. Die Anfechtung auf Grund einer unwirksamen Parteierklärung im Revisionsverfahren muss m.E. bezüglich der Aufhebung analog zur Aufhebung eines Vertrages⁷⁴⁾ wegen eines Willensmangels behandelt werden (Art. 23 ff. OR). Gemäss Art. 23 OR ist der Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Die Unverbindlichkeit wirkt ex tunc, macht den Vertrag also von Anfang an ungültig. Dasselbe hat m.E. für die disponiblen Nebenfolgen der Scheidungskonvention zu gelten.

Der nichtdisponible Teil einer Scheidungskonvention, sofern er in der Konvention und nicht als einzelne Bestimmungen im Dispositiv aufgenommen worden ist, ist allein auf Grund einer unwirksamen Parteierklärung im Sinne von § 293 Abs. 2 ZPO nicht anfechtbar.⁷⁵⁾

73) RUST, S. 181

74) Ueber die Aehnlichkeit der Scheidungskonvention mit einem privatrechtlichen Vertrag vgl. vorne, § 3. B. I. 1.

75) Vgl. vorne, D. III. 1. und G. II. 1., N 64; unrichtig m.E. RUST, S. 182

2. Entscheidformen und deren Anfechtbarkeit

a) Der Nichteintretensentscheid

Sind die formellen Voraussetzungen für das Revisionsbegehren nicht erfüllt, fällt das Gericht einen Nichteintretensentscheid. Dieser ergeht in der Form eines prozesserledigenden Beschlusses (§ 155 GVG).

Gegen diesen Beschluss als prozesserledigenden Entscheid ist - unter der Voraussetzung, dass ihn das Bezirksgericht gefällt hat - der Rekurs gemäss § 271 Ziff. 2 zulässig. Hat das Obergericht den Beschluss gefasst, so bleibt als kantonales Rechtsmittel noch die Nichtigkeitsbeschwerde, sofern deren Voraussetzungen nach § 281 ZPO gegeben sind. Hingegen gibt es gegen den Nichteintretensbeschluss keine Revision.⁷⁶⁾

b) Der abweisende Revisionsentscheid

Erweist sich das Revisionsbegehren von Anfang an oder aber auch erst nach Anhörung der Parteien und Durchführung von notwendigen Beweiserhebungen als unbegründet, wird es durch einen Erledigungsbeschluss abgewiesen.⁷⁷⁾

Es handelt sich dabei um die gleiche Art Erledigungsbeschluss wie beim Nichteintretensentscheid, weshalb ebenfalls Rekurs, allenfalls Nichtigkeitsbeschwerde, jedoch nicht Revision gegen diesen Beschluss zulässig ist.

76) MARTI, S. 89

77) STRAEULI/MESSMER, N 1 zu § 297 und N 2 zu § 298 ZPO

c) Der gutheissende Revisionsentscheid

Wird das Revisionsbegehren gutgeheissen, so wird das angefochtene Urteil aufgehoben, und es ergeht ein neuer Entscheid in der Sache selbst in der Form eines Urteils (§ 155 GVG). Der neue Entscheid als selbständiger Entscheid kann grundsätzlich mit allen Rechtsmitteln, deren Voraussetzungen erfüllt sind, angefochten werden.⁷⁸⁾ Es ist also auch die Revision gegen den - allerdings nur rechtskräftigen⁷⁹⁾ - gutheissenden Revisionsentscheid möglich.

3. Kostenauflage

Wird das Revisionsbegehren abgewiesen, so bleibt die Kostenfolge im angefochtenen Entscheid bestehen. Die Kosten für das (erfolgslose) Revisionsverfahren hat sodann unter grundsätzlicher Kostenregelung der Gesuchsteller zu tragen (§ 64 Abs. 2 oder § 66 Abs. 1 ZPO).

Wird das Revisionsbegehren gutgeheissen, wird mit dem angefochtenen Entscheid auch dessen Kostenregelung aufgehoben. Die Kosten sind neu nach den Grundsätzen der zürcherischen ZPO (§ 64 ff.) zu verteilen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch bereits bezahlte Prozessentschädigungen zurückzuerstatten sind.

78) STRAEULI/MESSMER, N 3 zu § 298 ZPO

79) Vgl. vorne, III. 2. b.

§ 8 Ausblick

Das gesamte Familienrecht des seit dem 1. Januar 1912 geltenden Schweizerischen ZGB befindet sich seit etlichen Jahren im Sinne einer Anpassung an die heute geltenden ethischen Vorstellungen und rechtlichen Auffassungen in Revision. Das neue Adoptions- und das neue Kindesrecht sind bereits in Kraft getreten, das neue Eherecht (über die Wirkungen der Ehe im allgemeinen; das Güter- und Erbrecht) tritt am 1. Januar 1988 in Kraft.

Mit einem Entwurf zum neuen Scheidungsrecht befasst sich seit einigen Jahren eine Expertenkommission. Ein ausformulierter Vorentwurf ist jedoch in nächster Zeit noch nicht zu erwarten.

Im Zuge der durchgängigen Neuregelung des Familienrechts besteht begründete Veranlassung, auch die Scheidungsregeln soweit tunlich den heutigen Erkenntnissen und Ueberzeugungen anzupassen.¹⁾ Es drängt sich in diesem Zusammenhange die Frage auf, ob mit der Revision des Scheidungsrechtes nicht auch eine Neu- bzw. Erstregelung des Nachverfahrens, insbesondere der Abänderung und Ergänzung des Scheidungsurteils, im ZGB angebracht wäre. Oder soll man sich mit der Rechtswirklichkeit, wie sie in der Praxis - die m.E. auf einem guten Stand angelangt ist - gefunden und weiterentwickelt werden kann, begnügen?

Vor allem das Abänderungs- und das Ergänzungsverfahren scheinen mir eine derart wichtige Stellung einzunehmen,

1) HINDERLING, SJZ 71 (1975), S. 253

dass ich eine ausführliche bundesgesetzliche Regelung dieser beiden Verfahren nicht nur unter dem materiellen, sondern auch unter dem formellen Aspekt befürworte.

Das ZGB stellt im Scheidungsrecht in den Art. 144 und 158 verfahrensrechtliche Bestimmungen auf. Und auch in einem Entwurf zum Scheidungsrecht sind wiederum solche vorgesehen. Gerade die örtliche Zuständigkeit könnte m.E. für die Scheidungs-, Abänderungs- und Ergänzungsklage einheitlich festgelegt werden. So bestehen Tendenzen, bei der Scheidungsklage für die örtliche Zuständigkeit auf den letzten gemeinsamen schweizerischen Wohnsitz der Ehegatten und bei Fehlen eines solchen auf den Wohnsitz des Beklagten, subsidiär des Klägers abzustellen. Eine solche Regelung liesse sich durchaus auch für die Abänderungs- und Ergänzungsklage befürworten.

Man muss ganz allgemein darauf hinwirken, dass möglichst praktikable Lösungen zustandekommen, die die Zuständigkeit umfassend und wenn möglich einheitlich regeln. Bereits im IPR-Gesetzesentwurf wird nicht mehr nur die Zuständigkeit bezüglich Ehescheidung bestimmt, sondern die Abänderungs- und Ergänzungsklage finden selbständige und klärende Berücksichtigung.

Aber auch die sachliche Zuständigkeit bedürfte im ZGB einiger Verdeutlichungen. Wann ist z.B. der Richter, wann die Vormundschaftsbehörde für die Gestaltung der Elternrechte zuständig? Wie wirken die beiden Behörden zusammen? Die heutige Lösung der Praxis, welche in gewissen Fällen eine konkurrierende Zuständigkeit von Richter und Vormundschaftsbehörde vorsieht, ist m.E. zu unklar geregelt.

Zudem ist die Regelung von Art. 158 ZGB auch in einem Entwurf zum neuen Scheidungsrecht wiederum zu berücksichtigen.

sichtigen. Allerdings wäre dabei zu verdeutlichen, inwieweit Art. 158 ZGB auch für ein Nachverfahren Geltung hätte, insbesondere wäre klarzustellen, ob und wann eine Vereinbarung der Parteien zu ihrer Rechtsgültigkeit vom Richter zu genehmigen wäre.

Was das Erläuterungs- und das Revisionsverfahren betrifft, so sollten die Kantone gesetzlich beauftragt werden, Möglichkeiten der Erläuterung und der Revision des Scheidungsurteils in ihren kantonalen Prozessrechten vorzusehen. Allerdings wäre es m.E. von Vorteil, wenn z.B. die Fristen bundesrechtlich geregelt wären. Es ist z.B. nicht unbedenklich, wenn das Revisionsbegehren an keine absolute Frist gebunden ist. Man muss sich fragen, welche Berechtigung ein Revisionsgesuch z.B. 5 Jahre nach der Scheidung noch hat. Bundesrechtliche Beschränkungen sind also zu befürworten, wenn sie eine Straffung des kantonalen Prozessrechtes bezwecken. So ist es durchaus denkbar, dass ein neues Scheidungsrecht die Revision eines die Scheidung aussprechenden Urteils im Falle von Tod oder Wiederverheiratung eines der Ehegatten, stets aber nach Ablauf von 5 Jahren nach Rechtskraft des Scheidungsurteils, ausschliessen wird. Dabei müsste jedoch abgewägt werden, ob ein solcher Ausschluss auch in Bezug auf die Nebenfolgen zu gelten hätte. Eine absolute Verwirkungsfrist für die Revision wäre m.E. auch in Bezug auf die Nebenfolgen angezeigt.

Auch materiellrechtliche Fragen müssten neu und umfassender geregelt werden. Allein in Bezug auf die Unterhaltsregelung nach der Scheidung sind erhebliche Änderungen vorzunehmen, da der Entwurf des neuen Scheidungsrechtes

eine Zurückdämmung des Verschuldensprinzipes vorsehen wird: Dazu führt HINDERLING²⁾ treffend aus, es werde grössere Flexibilität erstrebt und das Gewicht grundsätzlich und für die Höhe der Ansprüche auf die Gesamtheit der Umstände gelegt. Die besondere Lage einer mit der Kindererziehung betrauten und deshalb allenfalls in ihrer Erwerbsfähigkeit behinderten Ehefrau werde besonders berücksichtigt. Zum grossen Teil sind diese Grundsätze bereits in der Praxis befolgt worden. Gleichwohl ist zu fordern, dass z.B. Voraussetzungen genannt werden, unter denen eine Rente zeitlich beschränkt werden kann. Zudem hat m.E. dem Rentenberechtigten die Möglichkeit offenzustehen, bei erheblicher Verbesserung der finanziellen Lage des Rentenverpflichteten die Rente erhöhen zu lassen. Im heutigen Recht kann die eigentlich sehr unbefriedigende Situation eintreten, dass sich der geschiedene Ehemann durch berufliches Fortkommen, das er eventuell noch seiner geschiedenen Ehefrau verdankt, ein luxuriöses Leben leisten kann, währenddem die geschiedene Ehefrau, vor allem mit der Erziehung der Kinder beschäftigt und beruflich stehengeblieben, mit einer relativ knappen, lediglich den Verhältnissen zur Zeit der Scheidung entsprechenden Rente für sich auskommen muss.

Trotz vieler Verbesserungsmöglichkeiten, soll stets darauf geachtet werden, dass das Gesetz nicht mit zu vielen Bestimmungen überlastet wird. So können von der Praxis zu ungeschriebenen Rechtssätzen entwickelte Regeln ohne Kodifizierung beibehalten werden, wenn sie eine vernünft-

2) HINDERLING, SJZ 71 (1975), S. 262

tige Einsicht vermitteln und nicht weiterer notwendig dringender Klärung bedürfen.

Zudem hat die Rechtsprechung eine ganze Reihe ungeschriebener Verfahrensregeln aus dem materiellen Scheidungsrecht abgeleitet³⁾, die nicht kodifiziert werden müssen, weil sie sich entweder mit kantonalem Verfahrensrecht decken, oder weil sie ohnehin aus unserer Rechtsordnung nicht mehr wegzudenken sind.

Es bleibt zu hoffen, dass ein neues Scheidungsrecht das Nachverfahren hinreichend berücksichtigt und sich ein diesbezüglicher Entwurf in manchen von der Praxis fortschrittlich beantworteten Fragen leiten lässt.

3) HINDERLING, S. 203 ff.

Lebenslauf

Ich wurde am 3. Januar 1960 in Zürich geboren. Nach der Primarschule besuchte ich das Gymnasium in Zürich und schloss meine Schulbildung im Herbst 1979 mit der Matura Typus B ab. Anschliessend immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Meine Studienzeit ergänzte ich ab 1982 mit einer Lehrtätigkeit als Nebenamtlehrer an der Handelsschule KVZ. Im Juli 1984 wurde ich zum Lizenziaten der Rechtswissenschaft ernannt. In der Folge arbeitete ich bis September 1985 am Bezirksgericht Andelfingen als Auditor und a.o. Gerichtssekretär. Seit Oktober 1985 bin ich in einem Zürcher Anwaltsbüro tätig. Am 3. Juni 1987 bin ich an der Universität Zürich zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert worden.

